


ÖPRÜLÜ
578

[illegible]

٥٧٨

حكم المغبون غبنا فاحشا
في باب [illegible] الحوالة والوكالة
٢٤ من البيع
٢٦
حكم بيع الوفا في اوائل
كتاب الاكراه
١٧٧

فهرسة المجلد الثاني من الزيلعي شرح الكنز لمولانا حافظ الدين النسفي رحمه الله

تمت فهرسة المجلد الثاني من الزيلعي بحمد الله وعونه



بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شرا اخيه لان المنهي عنه هو الشرا لا البيع قال الفرزدق ان الشباب لرابح من باعه والشيب ليس لبايعيه تجار ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مفيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جايز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي انه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فلان الامة اجمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك قال ويلزم بايجاب وقبول وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كساير العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذا في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كساير اسماء الفاعلين مثل المتضاربين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في التصرف قبل القبض وما ذكرنا يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا فيحمل عليه توفيقا وما روي عن ابن عمر انه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الترادد تاويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك فيقطع الاحتمال فيتعين احتياطا لا لاجله مخالفة عليه لان من مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه من غير قيد وانما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمي العصير خمرا واسماعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما الرجوع فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداهما وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على ان البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يفرق في القبض عند اتحاد العقد بان يقبض البعض او ابراه او ناجيله قال وبتعاط اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في شي خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكتفي بتسليم المبيع قال واي قام عن المجلس قبل



القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كساير عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا يبطل بالقيام وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والتفكر والتامل في ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه تكون مفسدا قال لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا يفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربوا وبخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجي بيانه في موضعه قال وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال وان اختلفت النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان ترتفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سوا جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سوا كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سوا غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فاعطى من ايها شا جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية قال ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال وباناء او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شي لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الما استحسانا للتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شي يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم

لا ينقسم الثمن على الاوصاف

الوصف لا يقابله شي من الثمن

بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع
عبدا من عبدين على ان يأخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور
لا غاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فينصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي دراهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال
كل امراة اتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضايه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد
غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا
به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك مقارن لان الاختيار موجود حالة التبايع ثم اذا جاز
في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر
الفساد وكذا اذا سمي جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما اذا
اشتري ما لم يره فراه وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا اشترطا الخيار اربعة
ايام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد باعتبار اليوم الرابع فهو
يعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة
بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة
الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشاة متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع
من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت قال ولو سمي
الكل صح في الكل يعني لو سمي جملة العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحو لزوال المانع
وكذا اذا سمي بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتاتي على قوله وعلى قولهما لا يتاتي الجواز بدونه قال ولو نقص
كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبايع يعني لو باع صبرة وسمي جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة
درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته الخاص لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط
كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شا اخذها بحصتها وان شا تركها لتفرق الصفقة
عليه وان وجدها زايدة فالزايد للبايع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمي فبقي على ملكه اذ القدر ليس
بوصف قال ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبايع معناه اذا باع
مذروعا وسمي جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شا تركه الى اخر ما ذكر لان
الذراع وصف للمذروع ولا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا للعين كلها بخلاف الاول غير انه ان
وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجد زايدا فهو له بذلك الثمن
لان الوصف لا يقابله شي من الثمن ولا خيار للبايع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما
فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري ان
يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبايع كما في المكيل والموزون
قال ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه
اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شا اخذه بحصته وان شا تركه
وان وجده زايدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به
بانفراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته ويثبت
له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو بالخيار ايضا ان شا اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شا تركه لانه ان
حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير وليس له ان ياخذ القدر المسمي ويترك

البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما ويتحد عنده بتعدد لفظ البيع



الزايد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتدا وفي الصبرة يجوز ولما كان
الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان ويقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول
الفاضل في البيع وان سمي لكل ذراع ثمنا قال وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد عشرة اسهم من
دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف
نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر او ثلث
ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار ادي اليه وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار هو
قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة لانه بمنزلة ما لو اشتري سهما مبهما او عشرة
اسهم مبهما ولم يقل من كذا اسهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فيعرف فلا يفضي الى المنازعة
بخلاف ما لو اشتري سهما مبهما او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد عنده
وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم
لما يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز
كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شايع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد
عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده لجعلها نظير بيع شاة من القطيع كل شاة بدينار فانه
ان علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال رحمه الله وان اشتري
عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا
وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان في المردود
ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيودي الى النزاع قال
ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا يبقي الجهالة في المردود فيودي
الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن
ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد
في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كالجمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما او باع ثوبين
على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما
جايز فكذا هذا بنا على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بتعدد لفظة البيع والصحيح انه يجوز في فصل
النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في
العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الاخر
وهو شرط فاسد لتحققه ان الشيين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما
شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر فاذا انعدم ذلك
الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر فبالنظر الى وجود ذلك الشي كان شرطا وبالنظر الى انعدام
ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد حتي يكون قبوله شرطا
لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال ومن اشتري ثوبا على انه
عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه
اذا اشتري ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف ياخذه في
الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف

يأخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد يأخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة ونصف ويخير بينهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخير كيلا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجد زائدا وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما يعود الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه بمخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضرها القطع او يتفاوت جوانبه كالعمائم والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا يتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض

فصل قال يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي العرف يتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمر تقلع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغير تنقل عن مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فيدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفاتيح لانه في القياس لا يدخل اصلا الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي على اصل القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكر في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان يكون ثيابا مرتفعة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان الدخول بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشيء وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرني البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لانهما متصلان بها للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبائع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي

يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقطع فيها لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القطع بخلاف الشراء لانه للملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر او للزرع قيمة او لم يكن لها قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعها منفردا يجوز في الحالين في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتعاكسا قال ومن باع ثمرة قد بدا صلاحها او لا صح لانه مال متقوم منتفع به في الحال او في المآل وقيل لا يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المآل فصار كالاطفال والجحش قال ويقطعها المشتري تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال وان شرط تركها على النخل فسد اي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد لا يفسد واستحسنه للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير احوال فان الشمس تنضجه وتأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ملغرم من اجرة المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسلم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود اكثر فحاصله ان لهذه المسألة ثلث صور احدها اذا اخرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا للتعامل وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه

حكم الشرب والطريق

بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل

نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقة في صفقة

اشتراها فاثمرت ثمرا اخر

الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلى في قشره اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة او يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا يمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها ولو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا حتى اخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غايب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وساير الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى توجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو اجري على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال واجرة الكيل على البايع مراده فيما اذا ابيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البايع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البايع فكذا تمامه قال واجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البايع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البايع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي الصدر الشهيد وروي عن محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين لان على المدين ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز

عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال للبايع احضر المبيع ليعلم انه قائم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما في التعين او في عدم التعين وذلك لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال صح للمتبايعين ولاحدهما ثلاثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال رحمه الله ولو اكثر لا اي لو شرطا اكثر من ثلاثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمي مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التاجيل في الثمن ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم انما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهر فيحتمل ان يكون خيار الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال فاذا اجاز في الثلث جاز خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود ولنا ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع واما عند مشايخ اهل خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه قال ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير في الايام الثلثة بين الفسخ والامضاء غير ان ترك النقد جعل امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط محتاج اليه لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع الغبن غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد مر كل على اصلهما في الزيادة على الثلثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في تلك قال فان نقد في الثلث صح يعني فيما اذا شرطا اكثر من ثلثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا مجهولا بان يقول على انه ان لم ينقده اياما او بينا وقتا معلوما وهو اكثر من ثلثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد في الثلث لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو ثلثة ايام او دونه فانه يجوز لما بينا قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البايع ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البايع قال ويقبض المشتري يهلك بالقيمة يعني اذا قبضه المشتري وهلك

في المتعوض على سوم الشرا القيمة

في يده في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا
في يده على سوم الشرا وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شي على المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو
تعيب المبيع في يد المشتري فللبايع ان يلزمه البيع ان شا وان شا فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ
واذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزايه كالمغصوب ولو تعيب في يد البايع فهو على خياره
لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا فسخ كما في البيع
المطلق واذا كان العيب بفعل البايع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما احدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط حصته
من الثمن قال وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع ولا يملكه المشتري لان
البيع من جهة البايع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الاخر وانما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع
البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البايع ولم يدخل في ملك
المشتري لكان زايلا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار
ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع
نظرا له لينظر فيه هل هو موافق ام لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود على
موضوعه بالنقض وجاز ان يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا
يدخلون في ملك احد عند الشرا للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة
ولا يقال على هذا يكون سايبة وهي منهي عنها لانا نقول الحال موقوف ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد
فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوايد وان فسخ بان انه غير زايل عن ملكه فكيف يكون من السايبة مع وجود
سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال ويقبضه يهلك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن
اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا
لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمتنع الرد على البايع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعري عن مقدمة
عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا
يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه
لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لانه لم يملكها لان خيار
المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال فان وطيها فله ان يردها لان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك
اليمين اذ لا يملكها بعد الشرا الا اذا انقصها الوطي لانها تتعيب به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت عنده على
ما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطي بحكم ملك اليمين
فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطيها وهذه المسالة يظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق العبد على
المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا
قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشي في تلك الحالة في حق تصحيح الجزا الا غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شرا القريب
على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزا به عن الاستبرا لعدم الملك
وعندهما يجتزا به لوجوده ولو رجعت الى البايع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبرا لعدم دخولها في ملك غيره عنده
وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبرا استحسانا كما لو كان
البيع باتا ثم تقايلا بالاقالة او غيره فانه يجب عليه الاستبرا بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا
وفي الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه او حبلى منه لا تصير ام ولد له خلافا لهما

صح

جاز ان يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك غيره

ان للقبض شبها بالعقد

وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البايع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم
البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة
وهو نظير ما اذا اشترى حلي من فضة بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا
ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البايع عنده لان قبضه يرتفع
بالرد لعدم الملك فصار كانه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض قبل الملك وان كان بعد مضيها
فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك فصار
كما اذا كان له خيار الروية او العيب والفرق له انهما لا يمنعان وقوع الملك للمشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار
الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا له في التجارة فابراه البايع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه
لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والماذون له يملك الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان
يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان
له خيار روية او عيب في البيع البات فابراه البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انهما لا
يمنعان الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك الابرا عن الثمن عند ابي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري
يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان انه ابرا بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي
من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم
وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو اسلم البايع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو
ردها المشتري عادت الى ملك البايع لان العقد من جانب البايع بات فان اجاز صار له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم
من اهل ان يتملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر
ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد والبايع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار
له لان المسلم من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض والخيار لاحدهما
وان اسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سوا كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد
من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام فان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل
لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر
العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم احرم والصيد
في يده ينتقض البيع ويرده الى البايع ... وقالا يلزم المشتري لو كان الخيار للبايع ينتقض في قولهم جميعا
وان كان الخيار للمشتري فاحرم البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة او عارية
فاستدام السكنى بعد الشرا لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين
وقال السرخسي ابتدا السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال فان اجاز من له الخيار
بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان
الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او
بيعه او وطيه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع
ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطي والاستخدام
بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا
فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد الماذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب

له صح

المسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما

المسلم لا يقدر ان يملك الخمر

تم صح

الفسخ بالفعل

عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط
العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب
مرتدا وكجنونه مطبقا ولانسلم انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما
يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل
لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد
ولزم والحيلة فيه ان يأخذ منه وكيلا حتى اذا اراد الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه
بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال **وتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعته** يعني يتم
العقد بواحد من هذه الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال
الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت فلا
ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا انه ورث خيارا وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان يطالب
بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما يعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث
وخيار التعيين ثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم واما
الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت
مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع واما الثالث وهو الاعتاق
وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستيفاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل
تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذلك كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة
وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء انفسخ
البيع لما ذكرنا انه دليل الاستيفاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل
للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستيفاء واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط
الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان
دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان اخذه بها دليل الاستيفاء
فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر ان الجواز كان سابقا ولانه احق الناس
بالتصرف فيها فكان اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة
واما على قولهما فان المشتري بالخيار ملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار
لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها
بها لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة قال **ولو شرط الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح** اي اجاز المشتري او
من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد
ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد
وفيه ذلك فيفسد ولنا ان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق
الاصالة ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء
تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا منه يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز

او نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة قال **فان اجاز احدهما ونقض الآخر فالاسبق احق** لوجوده
في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الآخر بعده يلغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان اجازة
فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد احد المتعاقدين بفسخه قال **وان كانا معا فالفسخ** اي لو فسخ احدهما
واجاز الآخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط
وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النايب يستفيد
الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك
ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النايب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف
بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق احدهما غير عين
ولا يتقدم تصرف الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا الحنث
في يمينه ان لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول
وهو الاصح ان المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر الجمع بينهما فلا بد له من
الترجيح بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا
وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ الا ترى انه
لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان
حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا
لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون قول ابي يوسف لانه
لا يتقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكر في البيوع قول محمد لانه يتقدم تصرف النايب عنده واستخراج ذلك
مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد ملكه المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند ابي يوسف
يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرفين في عدم تقدم المتصرف بالملك عنده ويثبت لكل واحد
منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال **ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا لا** اي صح
ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق
الحكم وكان الداخل في العقد غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما ولا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد
للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسألة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين
الذي فيه الخيار والثاني ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس والعقد
فاسد في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما ان يجعل
المستثنى داخلا في العقد او لا فان جعلته داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من
اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت
قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
فانه لا يجوز وان بين ثمنهما قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه وينظر فان كان معلوما
اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما
داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما يجب فيه الخيار يمنع
انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا
او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن او لم يفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون

بلغ مقابلة على خط المصنف

الخيار للبائع او للمشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين على ان ياخذ ايهما شا او يبيع احد الثلثة على ان ياخذ ايهما شا ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق برايه او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء فكان لا يبقى امانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعيين من له الخيار فلا يمنع الجواز على ان هذه الحاجة تندفع بالثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها فلا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الايمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكرى على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القايل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد هذه المسلة هنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلثة ايام ووضعه كذا في المادون ووضعها في الجامع الكبير وعلى على ان ياخذ ايهما شا ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث فما دونها عند ابي حنيفة ومدة معلومة ايتها كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يابى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يمكن ردهما جميعا وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا قايل بشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الزيادات ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا للبائع قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوزه للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشرى ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امراتيه او عتق احد عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك لم يخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعين الباقي له لبقا المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم يبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقا المحلية قبل الموت غير انه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا

على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال رحمه الله ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الروية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على ان لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البائع اولى ولا يقال البائع رضي بالتبعيض بالبيع لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزوج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد ولانه وصف ولو قال يخبز كذا وكذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شا اخذه وان شا رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليه العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف لفسد على ما يجي بيانه في البيع الفاسد ان شا الله تعالى

باب خيار الروية

قال شرا ما لم يره جايز وله ان يرده اذا راه وان رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه او هو معدوم لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مريي للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة فيه لا يفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث

العيب الحادث بفعل المشتري يمنع الرد ولو حدث في يد البائع

الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن

لا يجوز خيار التعيين عند زفر والشافعي

يشترط خيار الشرط مع خيار التعيين

لو شرط خيار التعيين للبائع

الشركة عيب في الاعيان

لو زوج الامة المشتراة ... ليس له ان يردها على البائع

ان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك

فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها
فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز
وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غايبة وكان المشتري راها جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله
وان رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار اذا راه وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالروية على ما روينا فلا
يثبت قبله ولان الرضي بالشي قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الروية بخلاف فسخه حيث
يعتبر قبل الروية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا لموجب الخيار قال ولا خيار لمن باع ما لم يره وكان
ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الروية فكذا رضا ا
الاخر ولا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالروية ولانه خيار يثبت لاحد
المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا لخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي لا يجوز بيع ما لم يره
اصلا قولا واحدا ولنا للمرجوع اليه ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد
غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خيار الروية معلق بروية
المشتري بما روينا فلا يثبت دونه لان خيار الروية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيرا مما راى فيرده
لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا
على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار قال ويبطل بما يبطل به خيار الشرط اي يبطل خيار الروية
بما يبطل به خيار الشرط من الصريح والدلالة ومراده بعد الروية واما قبله فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض
التصرفات لتعذر الفسخ على ما يبين وقال بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد
منه الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يكون
له الخيار والجهالة تزول بالروية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي
ان لا يملك فسخه بعد الروية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه
الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم
يسقطه بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص ابن رستم وكذا ذكر محمد في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا
والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع ان جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم
يثبت له الخيار قبل الروية لتعلقه بالروية فكذا لا يتوقت لاطلاقه عن الوقت والتقييد به تكون زيادة وهو
نسخ فيبقى الخيار الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به او التعيب او تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات
قبل الروية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة
من غير تسليم لا يبطله قبل الروية لانه لا يفوق صريح الرضا ويبطله بعد الروية لوجود دلالة الرضا وكذا اذا قبضه
بعد الروية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه موكد لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري
فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الروية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزرعها
قبل الروية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله قال وكفت روية وجه الصبي والرقيق والدابة وكفلها
وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار لان روية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر روية الجميع وروية
الجميع وروية هذه المواضع من هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط روية غيرها ولو دخل في

المبيع

المبيع اشيا فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي بروية بعضه ل
جريان العادة بالاكتفا بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون له
الخيار فيه وفيما راى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا يتم وان كان احاده يتفاوت وهو الذي
لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلابد من روية كل واحد من افراده لان بروية بعضها لا يقع العلم
بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكر الكرخي لتفاوت احاده فلا يستدل بروية بعضه
على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا
نقول النظر الى وجه الصبي كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما
يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي
بروية ظاهر الثوب ولابد من نشر كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله بروية بعضه قلنا فاما يتفاوت
جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الادمي ولهذا يتفاوت
قيم الرقيق بتفاوته وساير الجسد تبع له والكفل من الدواب فلابد من رويتهما وشرط بعضهم مع ذلك روية القوايم
وعند محمد روية الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لابد من الجس لانه به يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته
وفي شاة القنية لابد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لابد من الذوق وفيما يشم لابد من الشم وفي دفوف الغازي لابد
من سماع صوتها لان العلم بالشي يقع باستعمال الة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر روية
خارج الدار كرويتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا
في خارجها وقال زفر لابد من روية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية
ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلابد من روية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج ا
او الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشيا وما ذكر في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة فان ذلك الزمان دورهم
كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا في الكبر والصغر وفي كونها جديدة او عتيقة وذلك يظهر بروية بعضها فافتوا
به لذلك واما اليوم فبخلافه فلا يكتفي به وروية اشجار البستان يكتفي بها لوقوع العلم بها ولو راى دهنا في قارورة
من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة ومحمد وعن محمد انه يبطل قال ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر
رسوله وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار الشرط والعيب فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا واقرب منه انه لا يقدر
على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا فاسقط الخيار بعده او كان راه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا ل
ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه
وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا لخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء
الخيار فكان ناقصا والموكل ملك بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل فاذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض
الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه كاملا صورة فاذا انفصل لسقوط عن القبض بان كان بعد قصدا او قبله
بالروية لا يملكه اذا لم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف
خيار الشرط لانه لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لا يملك
شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في الشرا والبيع والفرق بين التوكيل
والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولا عني في قبضه او امرتك بقبضه وقوله ونظر وكيله ل
بالقبض احترازا عن الوكيل بالشرا فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فتقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول

به لان نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقا سوا كان الرسول بالقبض او بالشرا قال وصح عقد الاعمى ويسقط خياره
اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير
واما سقوط خياره بما ذكر فلان هذه الاشيا تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير وقوله يسقط خياره بجس
المبيع الى اخره محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل الشرا واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق
الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح على ما بينا واكتفى بالوصف في العقار لانه
لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام الروية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الروية فيه بعد ما وصف
له فكذا في حقه وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه منه لان التشبيه يقام مقام
الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين اقيم مقام القراة في حق الاخرس في الصلوة واجرا الموسى على راس المحروم بالحج او العمرة
عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان روية
الوكيل به كروية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض ايمة بلخ يمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف
وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط
به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الروية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال ومن راى احد الثوبين
فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما لان روية احدهما لا تغني عن روية الاخر للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا
وليس له ان يرده وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره
وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ
فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم ير يرده بالحديث الاول
والذي راه بالثاني لما ان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا يتم
بالايجاب وحده لعدم رضا الاخر بالصفقة وكذا لا يتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد
ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد
على تقديرا لسلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاها خلل لما
افاد تحققه ان خيار العيب يثبت لفوات بعض اوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد
القبض حتى ملك التصرف فيه فهذا اولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا
الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضا القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في
خيار الشرط وخيار الروية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه قال ولا يورث كخيار الشرط اي
لا يورث خيار الروية كما لا يورث الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف
له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال ومن اشترى ما راى خير ان تغير والا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل
بالروية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار
لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الروية لم تقع معلمة له باوصاف
المبيع فصار كانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقا ما كان على ما كان
وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى ان
الجارية الشابة تكون عجوزا بطول الزمان قال رحمه الله لا في الروية اي لو اختلفا في الروية كان القول
قول المشتري لانها امر حادث والمشتري ينكر فيكون القول له مع يمينه قال ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا
او وهب رد بعيب لا بخيار روية او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الروية

والشرط

اذا اشترى الاعمى ... لا يسقط خياره به
مقام صح
تحريك الشفتين اقيم مقام القراة في حق الاخرس في الصلوة
يشترط صح
ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الروية انتقل الى الوصف
خيار صح
قال صح
وللمشتري صح

والشرط سوا كان قبل قبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي
خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الروية
لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكر شمس الايمة وعن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط لا يعود
فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري بخلاف ما اذا وهب عبد المدين من له الدين او عبد الجاني من ولي الجناية
حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعود ان عند ابي حنيفة خلافا لمحمد والعذر لابي يوسف ان حق خيار
الروية اضعف منهما والله اعلم

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه اصل
الفطرة السليمة قال رحمه الله ومن وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة
من العيب فكانت السلامة كالمشروط في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا
يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف
ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع
من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا
هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى
العدا ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا او امة لا داء ولا غايلة ولا خبثة
بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجة والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيا لان الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا يكون لها اصلا ولا مزاحا له بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان
حدث العيب بفعل البايع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون
لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البايع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري
ما يدل على الرضى به بعد العلم بالعيب قال وما اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب
نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجد شي من هذه الاشيا من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول
بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما
فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ
لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شي منها عند البايع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ
ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البايع قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا قبل البلوغ يرده
به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البايع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ يرده لما ذكرناه
والسرقة لا تختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى شيا للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير
جاء من المولى حيث احوجه اليه وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يامنه في حفظ ماله ولو سرق الشي
اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا
بالاتفاق ان ابق من المولى او من رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او
الى غيره ان لم يعرف منزله او لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة
كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا قال والجنون لما
ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف
باختلاف السن حتى لو وجد عند البايع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول

الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن بالعقد
الاوصاف تكون لها حصة بالاتلاف قصدا
نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ
بلغ مقابلة على خط المصنف

وقيل لا يشترط المعاودة عند المشتري بل اذا اثبت انه كان به جنون عند البايع يرده وان لم يعاوده في يده
المشتري لانه قل ما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة
ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال
والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية يعني هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لان خلل المقصود فيها
وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشيا لا تخل به لانه يستخدمه
من بعيد وكونه ادفر او ابخر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان يكون فاحشا حيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا
عادة له لان الفاحش من الدفر والبخر يكون من داء وهو عيب واتباع النسا يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه
الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد
في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البايع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق العار
بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب
الاباق لازم لها ابدا اعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشتراها منه يردها
عليه من غير معاودة عنده والاول ~~وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته~~ هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه
وقال الشافعي الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا ينتقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا اكثر منه بخلاف
السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا احده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد والكفر يعني في
الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فتختل
الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب وقال الشافعي يرده لفوات الوصف
المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرنا قال وعدم الحيض ٥
والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الداء وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر
انه لداء فيها فذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو
الداء او الحبل فان لم يذكر احدهما لا يسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة عند
ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البايع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان
كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي يوسف ترد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى ملك المشتري الرد بلا
قضا ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي
ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المديدة يسمع واقلها ثلثة اشهر عند ابي يوسف واربعة اشهر
وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه على ما ذكرنا
سال القاضي البايع فان اقر بما ادعاه المشتري ردها على البايع وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع ٥
لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجي ان شا الله تعالى وان اقر بقيامه في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف
برئ وان نكل رد عليه وان اقام المشتري البينة على ان الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون
انقطاعه فيتيقن القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهد انها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه
وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي ان المرجع في الحبل الى قول النسا وفي الداء الى قول الاطبا واشترط لثبوت
العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر بعد مثل ما
ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان
المشتري لا يرده بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين قال والسعال القديم

لان دوامه يدل على الداء وينتقص بسببه قيمته قال والدين لان ماليته تكون مشغولا به ويتقدم على المولى
قال والشعر والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال فلو حدث اخر عند المشتري
رجع بنقصانه او رد برضا بايعه اي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع
بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا البايع لان بالرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني
ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخيره
المشتري حينئذ ان شا رده وان شا رضي به وليس له ان يرجع بالنقصان بعد ما رضي البايع به لزوال الموجب
لذلك وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان ٥
وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع
فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت
مقصودة تقابلها وتصير مقصودة باحد امرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض فانه يسقط
من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشارع بان نقص او زاد لان الجز الفائت
صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجز حكما فيرد عليه المبيع ان امكن
دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن وصار له حصة
من الثمن لكونه مقصودا بالبيع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان
يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر
القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب
الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار رادا لكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق
الرد ثبت للمشتري ليدفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعد ما تعيب عنده لو رد ٥
لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنه ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري
امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه اصلا ثم لو رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر
باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشي على البايع اذا رضي باخذ المعيب ولا يقال
مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لما ان البايع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فترجح مراعاة حقه
لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او
صبغه لا يسقط صبغه قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث
وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد مصارينه فاسدا
حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله والفرق له ان النحر افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن
والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا او طعاما فقتله
او اكله قال وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه
حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال وان باعه المشتري لم يرجع بشي لانه صار
حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه
حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب
وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن فاطلع على
عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب يعني لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر

الفسخ لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد

الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو اخذ لكان ربا ايضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تاثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ه ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فحاصله ان الزيادة ه نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما و المنفصلة ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يودي الى الربوا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن بقي الزيادة في ملكه بلا عوض و النوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا انفسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير ه والاستيلاد حتى لا يكون اكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا لانه ليس بجزء المبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان ومثله يطيب الربح لما روي انه عليه السلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجة فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر متملكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال او مات العبد او اعتقه اي الخياطة ونحوها لا يمنع ه الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت فلانه لا يمنع لان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الادمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه باق وتعذر رده ولهذا اثبت الولاء بالعتق وهو من اثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والمعوض ملكه فكان العتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه او ابنه

الزيادة نوعان متصل ومنفصل

الزيادة المنفصلة نوعان

ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه فلا يمكن من اخراجه من ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه لم يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار مستنفعا بملكه من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان معنى الا ترى انه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمان وعن ابي يوسف انه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار ه كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا الخلاف ما اذا اصبغ الثوب او فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق واما اكل الطعام فالمذكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تاثير له فيه الا ترى ان البيع مقصود بالشرا ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بافة سماوية او انتقص او زاد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق وتوابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد فتعيب بالتبعيض واكل ه الكل لا يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المبيع الذي خرج عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا ووجده فاسدا ينتفع به رجع ه بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع لانه اسقط حقه وقال الشافعي اذا كسر مقدارا ما لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه فكانه فعله بنفسه قلنا رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملكه ه نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال والا بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان ه لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار ه اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه صار به اكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم دليل الرضا قالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب شيء يأكله بعض الفقراء او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرنا وقالوا في بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي

جواب عن قول الامام لا يقال في المبيع ما يقصد بشرائه

كما اذا باع البعض

الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق المستقبل من الاحكام

لان ماليته باعتبار الغش بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنين من كل مائة فليس له ان يخاصم البايع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم قال ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضا يرده على بايعه ولو برضا لا اي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بايعه ان كان رده عليه بقضا لان الرد بالقضا فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضا القاضي لا يرده على بايعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة يرد للتيقن به عند البيع الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله ان يرده على بايعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع غير العقار المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما نبينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة والاظهر انه بيع جديد في حق البايع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له ان يرده على بايعه كانه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضا القاضي ببينة او باقرار او بنكول لان قضاءه فسخ في حق الكل وقال محمد لا يرد على بايعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بايعه اذا كان القضا باقرار او نكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بايعه ولا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضي مضطر الى القضا من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل فانه يمكنه ان ياخذه ويضربه به واما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح ان يكون آلة له فيه اذ لا يقدر ان يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بايعه قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضا القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضا القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد انفسخ والموجود هنا بيعان فبفسخ احدهما لا ينفسخ الاخر فاذا عاد قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضا فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان للبايع ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم يقع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهو ثبوت الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع او بالحوالة فلا يسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القايل بان الرد بالقضا فسخ بالعقد وجعل له كانه لم يكن متناقضا لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون من الاصل فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في حق المستقبل دون الماضي قال

الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما

العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده

حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل

متناقض

ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بايعه اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت للمشتري العيب فيسترد من البايع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضا فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن اولا لتعين حق البايع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته يقيم البينة اولا ان العيب الذي يدعي فيه وجد بالمبيع عنده اي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده بالعيب وان كان به عند البايع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان فيه عند البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده اي عند المشتري لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلف المشتري فعلى قول ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشيا الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البايع هنا لا ينقطع الخصومة بينهما بل ينشا لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم ينشا خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي يسال المدعا عليه عن التي يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار خصما فيساله هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه ثم تنشا خصومة اخرى فان القاضي يساله هل ابتاع ام لا وهذا تحليف لانشا الخصومة ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافا قال وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في دفع الثمن اليه كثير ضرر على المشتري لانه على حجة متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم البيع لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة وهذا لم علف فيها وكيفية التحليف ما بينا قال فان ادعى اباقا لم يحلف بايعه حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عند نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط وبالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكر او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكر ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ

لاثبات العيب

صورة التحليف في العيب

بلغ مقابلة على خط المصنف

العقل والعقلة محركتين شيء
يخرج من قبل النساء . قاموس

مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا علقه بالله لقد باعه وما به هذا
العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات
هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البايع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى
ان المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا
الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعى انه لا علم له به وهذا في
العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف انه حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزايدة
او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضا المشتري
به واثبته بطريقه فحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء
كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البايع بقول الاطبا فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد
منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البايع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا يعرفها الا النسا كالرتق
والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امراة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البايع وان
كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير يمين البايع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص
معرفتها الاطبا ولا النسا كالاباق ونحوها فحكمها ما ذكرناه قال والقول في قدر المقبوض للقابض لانه هو المنكر حتى
اذا رد المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض فقال البايع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري بعتنيه وحده
فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع يدعي بقا بعض الثمن في
ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في
المقبوض لما بينا قال ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس
له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بل ياخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضها
والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف وموكدا الملك
الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا
تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزي في الاتمام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بنقد الثمن بطلانه
لا يسقط الا بقبض كله ويبقي ببقاء جزء فكذا تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم باستيفاء جزء منه اذ هي
لا تقبل التجزي في هذا المعنى ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر ليس له ان يرده وحده
لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البايع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط
والروية ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ
بعده ابتدا في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق
احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام
بخلاف خيار الشرط والروية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البايع من قبل
تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق
قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا
مشكل وفيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا
اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي الخف ومصراعي

الباب

التحليف على البتات في فعل الغير

انواع العيوب

القول للقابض امينا كان او ضمينا

التفريق في القبض كالتفريق في القبول

الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجده
باحدهما عيبا بعد القبض فاذا كان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب وحده قال ولو
وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من
جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا وان كان اشيا حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات بالاجتماع
والانضمام لان الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في
حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل روية بعضه كروية كله كالثوب الواحد
فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان ياخذ البعض سوا كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه
عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او في وعاين وقيل اذا كان في وعاين يكون
بمنزلة عبدين حتى يرد الوعا الذي وجد فيه العيب وحده قال ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو
ثوبا خير يعني لو استحق بعض المكيل او الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي
لان الشركة في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد
حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان
التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او
الموزون قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال واللبس والركوب
والمداواة رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى
بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختيار الملك فيه فان الاختيار هنا شرع للاختيار والركوب واللبس
مما يحتاج اليه للاختيار فلو جعل اختيار الاجازة لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختيار
وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل الا بالملك
جعل ممسكا بوجود دليل الامساك والرضا قال لا الركوب للسقي او للرد او لشرا العلف اي لا يكون الركوب
لسقيها الما او ليردها على البايع او ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج اليه وقد
لا تنقاد ولا ينساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ادركها في حاجة نفسه وقيل تاويله اذا لم يكن له بد من الركوب
بان كان العلف في عدل واحد او لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد
ولغيره يكون رضي الا عن ضرورة قال ولو قطع المقبوض بسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه
لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس
له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان
بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشترى جارية حبلى فماتت
في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب القطع وانه
لا ينافي المالية فنفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو
ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد في يد البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية
ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة
ان سبب الوجوب وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في الغاصب وروي ابن المنذر عن ابي حنيفة انه لو اشترى

الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان

لو اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان

جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا قلنا ان نمنع ولئن سلم
فالسبب الذي كان عند البايع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة ولو ماتت
بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي
المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع الا ترى انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في
الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عبد
بسبب يوجب القتل عند البايع لان النفس صارت مستحقة في يد البايع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن
ولو اختار المشتري ان يمسك العبد رجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البايع كالاستحقاق فلا يمنعه
الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن
عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه
الذي بيناه وعنده لا يرده بغير رضا البايع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع لان اليد قطعت بهما فيرجع
بقدر ما فات بسبب كان في يد البايع وان رضي البايع باخذه يرجع بثلثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات
بسبب كان في يد المشتري فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير او قتل ترجع الباعة بعضهم
على بعض عند ابي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بايعه واصل الخلاف ان القطع
او القتل كان بسبب كان في يد البايع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول
وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرده
بالبيع قبل الامتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل او
القطع فانه لا يبطل حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به
وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده فانه لا يرجع عنده بشي لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع ه
بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا
قطع عند البايع ثم باعه ومات عند المشتري به وبما اذا زنى عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات
به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البايع لانا نقول المريض
والمقطوع عند البايع ماتا بزيادة الالام وتزادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد يوجب
الجلد والقتل غير فلا يواخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال ولو بري من كل عيب صح وان لم
يسم الكل ولا يرد بعيب وقال الشافعي لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة
من كل عيب عنده بناء على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه
بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى
يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم ير المشتري وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي حنيفة
على جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب
على البايع ان يري المشتري ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يجادله هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة وقال محمد لا يدخل
فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولنا ان الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه
عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البايع وقت البيع ليملكه او ليبريه بل
هذا بيان لانعقاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشتري وهو يعلمه وهذا بناء
على انه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد لانه قبل وجود سببه كالابرا

الثمن

الابراء عن الحقوق المجهول لا يصح عنده

عن

شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة

عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القايم لا غير وعند ابي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق
فيه سلامة المبيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت
العقد بالبراءة والله اعلم

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع
باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله
دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل
غيره وهو بيع ملك الغير قال لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشيا باطلة لما ذكرنا قال فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان
العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا وقيل
الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت
حتف انفها والمدبر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت
حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشيا مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان
بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا يضمن ولا يملك ه
بالقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودة اعزاز لها فكان باطلا
وذلك بان يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي وسايل والمقصود
تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها
وفيه اعزاز له لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار
فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار
مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لانه جزوها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد ~~والمدبر~~
والمكاتب من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد
في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو
ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها تقبله بخلاف المدبر وام
الولد وقال في الايضاح اذا كان احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد ملك بالعقد لان الملك قايم بالمحل وانما لا يصح ه
البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذلك في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل
البيع فيما ضم اليه واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه لا في
حق ما يقابله ولو مات المدبر او ام الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما ه
مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا املك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضمون كساير الاموال بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في
محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما بل ليثبت حكم
البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل البيع وبه كان يفتي ظهير الدين
والاول اصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروي المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة
المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا ابطلت لعدم محله بقي
القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال والسمك قبل الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما
روي انه عليه السلام نهي عن بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم وعن ابن مسعود انه قال عليه السلام

لو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر

ويفسد

لوبسط ذيله عند النثار
ليقع فيه الشي المنثور
ملكه بالوقوع فيه

لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملكه فلا يجوز ثم هو على وجهين اما ان يبيعه قبل ان ياخذه
او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه في الحظيرة بان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة
لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الابق بنا على انه باطل
او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الروية
عند التسليم له ولا يعتد برويته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتيال له
بان سد عليه فوهة النهر او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله
صار اخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت فاغلق عليه
الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد وان هياه له ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل وان اجتمع
السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سوا امكنه الاخذ بحيله او بغير حيلة او لانه
لم يملكه قال والطير في الهوا لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان
كان له وكر عنده يطير منه في الهوا ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا من قبل
اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في بيت او محبوسا في مكان يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة
على التسليم ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان على نحو ما ذكرنا في الابق ولو اجتمع في ارضه الصيد فباعه من غير
اخذه لا يجوز لانه لا يملكه ولهذا لو باض فيها صيد او تكنس او تكسر يكون لمن اخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه
النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر
كالثمار هذا اذا لم يعد ارضه لذلك فان هياها لها بان حفر فيها بيرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيها صيد ٥
او نصب شبكة فدخل فيها صيدا وتعلق به ملكه لان التهيئة احد اسباب الملك الا ترى انه لو حفظ طستا ليقع فيه ملكه
وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشي المنثور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق عليه
الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز ان يكون في المسالة روايتان
والا فلا فرق قال والحمل والنتاج فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل
الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت
رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرا ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل
وعن شرا العبد وهو ابق وعن شرا المغانم حتى تقسم وعن شرا الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه احمد
وابن ماجة والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام على ما بينا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى ايكون
ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة فيه
معناه ان يبيع ما سيحمل الجنين ان كان انثى فكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم قال
واللبن في الضرع ولما روي انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه ٥
الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة فيختلط ~~الموضع بغير المبيع~~ ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيودي الى النزاع ولانه يحتمل
ان يكون انتفاخا من الريح وليس فيه لبن واللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده
فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا
بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها لكونها معلومة ويمكن تجربتها ٥
بالبعض ايضا قال والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان
لقيامه به كساير اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوايم لانها تزيد من اعلاها

التغية احد اسباب الملك

بيعها صح

تغية
حبل الحبلة

المبيع بغير المبيع صح

قال صح

ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه
لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كساير الاموال بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح
فصار مالية اللحم متعلقا بفعل شرعي فلم يوجد قبله وكونه مقطوعا الا بما ثبت له كما في الكراث وقوايم الخلاف والحجة عليه ما
روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما اجيز في الكراث وقوايم الخلاف للتعامل ولا نص فيه فلا يلحق
به المنصوص عليه قال والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سوا ذكر موضع القطع
او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لانا لا نسلم الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق
النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البايع الجذع او قطع الثوب
وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وسلمه حيث لا يعود
صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بزرا
في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز
بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا بر وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو
الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال
رحمه الله وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة او بغوص الصايد في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا
وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال والمزابنة وهو بيع التمر على راس النخل بتمر مجذوذ
مثل كيله خرصا لحديث انس انه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة رواه البخاري
والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان ينتهي ولانه باع
مكيلا بمكيل في جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال
الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي انه عليه السلام نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن
لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب
بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد
فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سوا رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول
فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان
يباع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا كما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو
تفاوتا بيقين او كانا موضوعين في الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من
بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه
مكانه تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جايز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بايعا ملكه بملكه
وهو جايز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتداة وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض ما اعطاه اولا فكانه اتفق في
الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره
اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع قال والملامسة والقاء
الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام
عنها بما روينا وعن ابي سعيد انه عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده
بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض

فيبهامع

بلغ مقابلة على
خط المصنف

بتعليق التمليك بالخطر فيكون قمارا

بيع الملامسة واللماس

رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب
القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي
فقد وجب البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة هي ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري
كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذت اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع والقا الحجر ان يقول
المشتري او البايع اذا القيت الحجر فقد وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه قال
وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى احدهما على ان ياخذ ايهما
شا جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلثة اثواب وحكمه اذا قبضهما قال والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها
والمراد به الكلا دون رقبة الارض لان بيع الارض جايز واجارتها جايزة اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه
ليس بمملوك له اذ لا يملك انباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركا في ثلثة في الما والكلا والنار رواه
احمد وابو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال عليه السلام
لا يمنع الما والنار والكلا رواه ابن ماجة ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الما وسقي الدواب والاستقا من الابار والحياض
والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه واذا طلب احد الما يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فياخذ
الما بنفسه او يخرج له هو فصار كما لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضي
المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الما من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان
كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى
واجيزت في الظير والصبغ لكونهما آلة للعمل تبعا وضمنا وكم من شي يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه ان يستاجر
الارض لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجر فيحصل به غرضهما هذا اذا
نبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او جد حولها وهياها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل
لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع
انواع ما يرعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا يدخل فيه
حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات فيها والكماة كالكلا وكذا لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلا بها
والايقاد من لهبها بدون رضا صاحبها وليس له ان ياخذ من الجمر شيا الا برضا صاحبه قال والنحل وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يوكل كالحمار ولهما انه من
الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشي انما
يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز
بيعه مع العسل وقال الشي انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال ويباع
دود القز وبيضه اي يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود ومع محمد
في بيضه وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها
ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه
فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال والآبق اي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبله دود القز
لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط الجواز بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة على التسليم وقت
العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الآبق
المطلق وهو ان يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق

او اطلب احد الماء يلزمه احد امرين

وليس له ان ياخذ من الجمر شيا الا برضا صاحبه

مع النحل مع كوارته صح

اذ هو

اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه اخذه
ليرده على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لانه قبضه مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض
على سوم الشرا مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة
لتاكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين
على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد
عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم ياخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على
ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه
آبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع
الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقا العقد على
ما كان دون الابتدا وعن ابي حنيفة انه يعود صحيحا لان المالية فيه قايم فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن
تسليمه فيفسد فاذا آب قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كما لو ابق بعد البيع
وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتي ابو عبد الله البلخي
وجماعة من اصحابنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حيوته في وقت العقد اجزاه
عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او يتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما يكفي له من اليد يكفي في الهبة
دون البيع قال الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الآبق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه قال
ولبن امراة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعا وقال الشافعي يجوز بيعه من حرة كان او من امة ويضمن بالاتلاف
لانه مشروب طاهر فصار كساير المايعات الطاهرة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد
عليها فكذا على جزوها ولهما انه جزء الادمي بدليل انه يثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهي بجميع اجزايها مكرمة
مصونة عن الابتذال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي
ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حيوة في اللبن وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى
لو استغني عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضا الشهوة وابقا النسب فلا يدل على ان البضع
مال مبتذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة
ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل ايضا قال وشعر الخنزير
وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان
جواز بيعه يشعر باعزازه في عين الادمي ونجاسته تشعر بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال
والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز يتاتى بغيره والاول هو الظاهر لان
الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى شرايه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة
لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرى ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه
للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلون مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الما القليل افسد
عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل وعند محمد
لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل الطهارة قال وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان
الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزؤه مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنها للانتفاع به لما فيه
من اهانة المكرم وعن محمد انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي انه عليه السلام حين حلق راسه قسم شعره

لا باس للاساكفة ان يصلون مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم

بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي
صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل **قلنا** حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته
حتى لو وقع في الما القليل لا ينجسه فبطل الاستدلال بها ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النسا وذوايبهن
قال وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه لما روي انه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه
ابو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز
بيعه لان نجاسته ليس من اصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع **قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها**
وقرنها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى اخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر
باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكوة كجلود الميتة
بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكوة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكوة
ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما
كالسباع **قال وعلو سقط** اي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لان له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال
وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهوا لا يمكن احرازه وانما يمنع بيعه قبل الانهدام باعتبار البنا القايم ولم يبق بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الما وهو مال ولهذا
يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد
شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار
مشايخ بخارا للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل
وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسلة تحتمل وجهين احدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور
وحق تسييل الما فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة
المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الما من الارض مختلف يختلف بقلة الما وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع
رقبة النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزا شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور
روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين المسيل على رواية ابن سماعة ان حق
المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بيناه
ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية
ابن سماعة ان حق الطريق متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق
التسييل متعلق بالهوا والهوا ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز **قال وامة تبين انه عبد وكذا عكسه**
اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان
والقياس ان يجوز وهو قول زفر لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب
الخيار لا الفساد كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك ووجه الاستحسان
ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج
الدار ومن الاما الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا اخر غير الذكورة
ومن غير جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك والانثى والذكر من الحيوانات
يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد الا ترى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا

وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية
ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا اصار الذات معينا ولا يشاركه فيه
غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زايد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف
الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى باعتباره في متحدي الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف
يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف
المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا
للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد
والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه
معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره
فصار كانه باع شيا بشرط ان يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح واشباهه
لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة او المكيل او الموزون
يجب المسمى فيجعل كانه سماه ولم يشر الى شي وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيا لانه لا يصلح ان يثبت في الذمة
قال وشرا ما باع باقل قبل النقد ومعناه انه لو باع شيا وقبضه المشتري ولم يقبض البايع الثمن فاشتراه باقل من
الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن
كما اذا باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعوض او باقل بعد النقد **ولنا** ما روي عن ابي اسحق
السبيعي عن امراته انها دخلت على عايشة رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين
اني بعت غلاما من زيد بثمانماية درهم نسيئة واني ابتعته منه بستماية نقدا فقالت لها عايشة بيس ما شريت
وبيس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على ان هذا
العقد فاسد وهو لا يدرك بالراي فدل على انها قالته سماعا ولا يقال قد روي انها قالت اني بعته الى العطا فلعلها
انكرت عليها لذلك لانا نقول كانت عايشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه
فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة الذي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان
ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا يجوز شهادته له كولده ووالده وعبده
ومكاتبه فهو بمنزلة شرا البايع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة
بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله ان شراهو لا كشرا البايع
بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هولاء ولو اشترى ما بيع له بان باع وكيله
لم يجز ايضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا يبيع عبده بالف درهم فباعه
ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز اما شراوه لنفسه فلان
الوكيل بالبيع بايع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شرا البايع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب
الحرمات واما لغيره فلان شرا المامور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شرا ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى
من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث
البايع باقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان
الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البايع لم يقم مقام البايع في هذا الشرا لانه لم يملك الشرا
بطريق الارث لانه كان علك الشرا لنفسه حال حيوة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقايم

مقام المشتري في هذا البيع لان ولاية البيع له من احكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حيوة مورثه لانه في ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين فبحكم الاول صار بيع الوارث سوا فكما لا يجوز بيع المشتر لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشرا من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل او وهبه لرجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البايع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله حديث بريرة قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع باقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري ربوا الفضل بينهما ولنا انهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف كل نصف بخمسماية فقالا بعناكه بالف ثم اشتراه احدهما بخمسماية قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسماية لانه ما باع ولا بيع له ولو قال بعناك نصيب فلان بخمسماية ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسماية ثم اشترى احدهما كله بخمسماية فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصف وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فيدفع له لانه ما باع ولا بيع له وان اشترياه معا في هذه الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا شايعا صح شرا كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسماية صح شرا كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في الذي لم يبيعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسماية لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له قال وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البايع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البايع ويفسد في الاخرى لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح اولانه باعتبار شبهة الربوا ولانه طاري لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال وزيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن الظرف اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا ويجوز ان شرط ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا

اذا عرف

اذا عرف ان وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال وان اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا في زق فرده المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود في العقد ولا معقود عليه اصلا فكذا فيما ثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا يلحق به قال ولو امر ذميا بشرا خمر او بيعها صح وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كانه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان ذميا فاسلم فمات قبل ان يسيبه الخنزير ويخلل الخمر دخل في ملك ورثته المسلمين وكذا اذا تخمر عصيره بقي على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي انه يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما اذا تحتف كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتدا وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم شراها واكل ثمنها وفي التوكيل بشرا الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسايل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشرا عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف خمرا يامر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا لذمي وللميت خمر يامر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتدا ولا بقا فلا يمكن اثباته له حكما للتصرف بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل للملك والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال وامة على ان يعتق المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز بيع امة على ان يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشيا لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملايم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقة والتاكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفا الثمن مقتضى العقد ومؤكد ملايم له بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين الناس كشرا النعل على ان يحذوها البايع او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البايع والمشتري والمبيع الادمي والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملايما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عارية عن العوض فيفضي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع

التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا

الحكم



كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملايم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل مفسد

بلغ مقابلة على خط المصنف

استيجار الصباغ والطير والحمام يجوز استحسانا كالاستصناع

الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر المسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي
الاطلاق اي تصرف شيا لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة
فيه وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة الاعتاق عن كفارة او نذر
وقيل تفسيره ان يعده المشتري قبل الشرا ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري جاز استحسانا
عند ابي حنيفة رحمه الله وتجب عليه الثمن وقالا تجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه
تقرير للفساد لا رفع له كساير الشروط المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر وجه الاستحسان ان اشتراطه
الاعتاق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشي بانتهايه يتقرر فلوجود
صورة الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملايمة وهو الانتها فكان الحال قبله موقوفا بخلاف
الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية ه
بشرط ان يطاها المشتري او شرط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما لان قضية الاطلاق
الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه
وعند محمد صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضيه العقد فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يودي الى
النزاع فلا يفسد قال او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل
لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناوه ولانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبايع فيفسد البيع
ثم استثنا الحمل في العقود على ثلث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثنا كالبيع والاجارة والكتابة والرهن
لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم
به العقد حتى لو كانت بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله ان يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال
في حق المولى ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جايز
والاستثنا باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثنا ويكون
الحمل تابعا للام في هذه العقود بصير هو حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثنا وهو الوصية حتى لو
اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها لاخر صح لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا
الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل وحده صح قال او يستخدم البايع شهرا او دارا
على ان يسكن او يقرض المشتري درهما او يهدي له او يسلم الى كذا او ثوب على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا ه
لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو
اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شي فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في
صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة بالعقد
فلا حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال وصح بيع نعل على ان يحذوه ويشركه وقال زفر لا يجوز
وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه ومثله يترك القياس ولهذا
اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظير والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال لا البيع الى
النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه الاجال
لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم ه
بالايام وهي معلومة قال والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف اي لا يجوز البيع الى هذه الاجال

لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشيا افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت
بالاوقات قال الله تعالى يسلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جزاز الصوف
وكذا الى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحا وكسرها قطع الزرع وقرئ
بهما قوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطي الطعام الدواب قال
ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي محتملة في الكفالة لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها بخلاف
البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن دفعها باقصاها بخلاف
ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر لكونها ابتدا لكونها التزاما محضا من غير
ان تقابله شي وفي النذر يتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يتحمل
الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة تتحمل في اصل
الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح ففي الوصف وهو الاجل اولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا فكذا في
وصفه قال ولو اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الى هذه الاجال ثم اسقط المشتري الاجال قبل ان ياخذ الناس
في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا
باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط
الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته
او نقول العقد موقوفا فبالاسقاط يتبين انه كان جايزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار انه
يفضي الى المنازعة وقبل مجيه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب
صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزايد لان الفساد فيه
في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب
عقدا اخر وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد
باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج
الشرط لان رضا من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين والجهالة في
تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال
ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد
غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما الاول فالمذكور على الاطلاق قول ابي حنيفة وعندهما
ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صار صفقتين فيتقدر الفساد بقدر
المفسد بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتدا وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا
يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون
قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما الثاني فهو على قول علمائنا الثلثة
وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفا المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد
جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا
ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقا وهو غير
مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتدا فلا
يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة

الكفالة تتحمل التسامح فيها

تفسير النسمة

باع جارية بشرط ان يطاها المشتري او بشرط ان لا يطاها

استثناء الحمل في العقود على ثلث مراتب

الكتابة تشبه البيع والنكاح

لو اعتق الحمل صح

ترك القياس بالتعامل

لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا لجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد
الغير يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وفي عبد الغيره
باجازة مولاه ولولا انهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم
انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتدا في حالة البقا فلا يفسد وفيما
اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتملك
فصار كالجمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع
به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد
حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن ه
المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم
الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا
اذا جعل استثنا المساجد فيكون كانه باع غير مواضع المساجد والله اعلم

فصل قال وقبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته
اذا كان القبض بامر البايع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد
احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر البايع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك
على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ
مراده ان يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح
فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا
اذا لم يقبض البايع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا
منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد
منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف
البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند
محمد يعتبر قيمته يوم التلف لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله
اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال
مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة لحكم تسليط البايع عليه استدلالا بما قال محمد انما جاز
بيعه لان البايع سلطه على ذلك وقال ايضا من اشترى دارا شرا فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري
لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى
البايع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع ه
الواهب فيها وكذا الربح المشتري فيها لا يطيب ولو ربح الواهب فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا الاكل
له اكل طعام اشتراه شرا فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبد الصغير
بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولا له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق
ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شرا فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها
لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البايع يجب عليه الاستبرا ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما
لم يحل له التصرفات من الوطي والاكل ولم يجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو وا

المراد بالامر الاذن

نفي صح

البيع مع السكوت عن الثمن ينعقد فاسدا

من اشترى دارا شرا فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها

شرعا وفي قضا القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره وما ذكر محمد من التسليط لا يدل على انه لا يملك اذ المشتري
يتصرف في المبيع بتسليط البايع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي لا يملك بالفساد العين ولا التصرف وان قبضه
لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضا المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب
فلا يناط به اذ لا بد يلايمه والملايمة شرط بين الاثر والموثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه
منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا يفيده قبل القبض
وبه تزداد الحرمة والفساد فاني يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من
اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفا في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية بخلاف النهي عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا ه
لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية
بالشرع فاذا لم يكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي
عنه وهو المحل على حاله فانتفى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية
متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازالته من غير تعرض ه
للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي عن العقود المشروعة لا يخرجها من
ان تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقايه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى
في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير انه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه
لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره لكن ذلك المعنى
في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا
الشرط لجاز العقد غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا
بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك
قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد
المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يودي الى تقرير
الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافي
اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر ه
بالدراهم فقد جعلها مثمنا وهي لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مثمنا وانما
تكون ثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة مبيعا في صورة من البياعات قال ولكل منهما فسخه يعني
على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان اساتم فلها اي
فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان
بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الاخر لكنه يتوقف على علمه
لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى
احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط ه
زايد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الاخر
عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عايدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة
الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الاخر لا يبطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع

لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة مبيعا في صورة من البياعات

النهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية

الغير

بلغ مقابلة على خط المصنف

المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البايع في الاسترداد

ما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد

فانتفي اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر علي تصحيحه بالحذف والكلام علي ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه
في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه قال الا ان يبيع المشتري او يهب او يحرر او يبني اي اذا تصرف فيه هذه
التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البايع
في الاسترداد سواكان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البايع في الاسترداد
لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشرا عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد علي
البايع والنكاح علي حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع
وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنا الله تعالي بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه
تصرف المشتري لانه حق العبد فكانت اولي بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع
باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان الثاني اولي بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها
فكانت اولي ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البايع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم
التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد
لزوال المانع وكذا الرجوع في الهبة عاد حق الاسترداد سواكان بقضا او بغير قضا لانه يعود اليه قديم ملكه في
الوجهين والرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الي ملك المشتري بما يكون فسخا قبل
قضا القاضي بالقيمة علي المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضا القاضي فلا ينتقض
قضاوه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق ثم عاد بعد ما قضي علي الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق
الاسترداد لان ملك الوارث خلافه فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد
عليه بخلاف ملك الموصي له علي ما عرف في موضعه وقوله او يبني اي ينقطع حق الاسترداد ببنا المشتري في العقار المشتري
شرا فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلي هذا الخلاف الغرس لهما ان حق البايع في الاسترداد
اقوي من حق الشفيع في الاخذ حتي يحتاج في الاخذ بالشفعة الي القضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع
ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبنا والغرس فهذا اولي وله ان البنا والغرس حصل بتسليط البايع وهو مما يقصد
به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يستطيع
المشتري وهبته فكذا ابنا ؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد ان للشفيع ان ياخذ العقار
المشتري شرا فاسدا بالشفعة اذا بني المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق
الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم ان حق البايع في الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة
علم ان حق البايع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا الظاهر فاذا اخذ الشفيع ياخذه بالقيمة كما اذا
باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول وينقض الثاني وان شا اخذه بالبيع الثاني بثمنه
لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه هنا بالشفعة نقض البنا والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا
يقال اذا نقض الشفيع البنا عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه
مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق
البايع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد ان البايع بالخيار ان شا اخذه واعطي
ما زاد فيه الصبغ وان شا ضمنه قيمته كما في الغصب قال وله ان يمنع المبيع عن البايع حتي ياخذ الثمن منه
يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتي يرد البايع الثمن الذي قبضه لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به حتي يستوفي الثمن

لانه

كالرهن وسايرا الغرما ... (marginal note)

لانه يقدم عليه حال حيوته فكذا يقدم علي تجهيزه بعد وفاته وعلي هذا ارباب الديون والورثة وعلي هذا الواستاجر
اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا او اخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر وما
ارتهن حتي يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا لانهما معاوضة فيوجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر
او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض من ساير الغرما ولو اشتري من مديونه عبدا بدين سابق له عليه
شرا فاسدا وقبض العبد باذن البايع فاراد البايع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد
لاستيفا ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر
الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفا الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن
الفاسد لو كان بدين سابق عليه قال وله ان يمنع المبيع عن البايع حتي ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين
كان للمشتري ان يحبس المبيع حتي يرد البايع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب
منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به حتي يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته فكذا يقدم علي تجهيزه بعد
وفاته وعلي هذا ارباب الديون والورثة وعلي هذا الواستاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او
اقرض قرضا فاسدا او اخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر وما ارتهن حتي يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا
تفاسخا لانهما معاوضة فيوجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده
من المقبوض من ساير الغرما ولو اشتري من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شرا فاسدا وقبض العبد باذن البايع
فاراد البايع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح
وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد
قبل ايفا الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه قال
وطاب للبايع ما ربح لا للمشتري اي لو اشتري شيا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد
منهما طاب للبايع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا
يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي
لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين
عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير
سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة بشبهة فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين
بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتامله وهل يتعين رده
المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه
ملكه بالقبض فصار كما ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص
وقيل علي هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال ولو ادعي علي اخر دراهم فقضاها اياه ثم
تصادقا انه لا شي عليه طاب له ربحه اي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما
او لا فملكه ثم استحق بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك الا تري انه لو باع عبدا بجارية فاعتقه
المشتري ثم استحق الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا لو
حلف لا يفارق غريمه حتي يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه
ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المديون ملكه ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق
فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين علي ما بينا من قبل

قال ويكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كرها لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام نهى عن النجش وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان تناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى احمد عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وروى النسائي انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد الى ان يبلغ وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البايع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على بعد الاتفاق والتراضي قال وتلقي الجلب اي كره تلقي الجلب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه احمد والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما من اية الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان كان لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال وبيع الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر انه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم وابو داود واحمد وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لباد وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري واحمد ومسلم وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البادية طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يطلب البادي السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال والبيع عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان قعد للبيع او وقف له وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلوة قال لا بيع من يزيد اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه سواء كان الاخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه انه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير والكبير وبتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير

وترك المرحمة عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى ولهذا لانه يتضرر بالزامه الفداء في الجناية والزامه القيمة للغرماء ~~والزامه القيمة للغرماء~~ والزامه المعيب من غير اختيار وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان فيه تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يومر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرايع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلف جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونها وذلك مثل الاب والام او الاخ لاب والاخت لام او ابوين لابن ادعاه رجلان معا او عمه وخالته لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد منهما استيناس خلاف الاستيناس بالاخر فان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالين او العمين لاب وام او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه او يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام او الجدة عمة او خالة او احد الاخوة والاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم وينفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير او الاضرار باهل البلد او بالواردين اذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بيناه فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى يجاوره غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكثيرا ما استنابه غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخر ممن باع منه احدهما قال بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة معها ابنتها فنفل ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة هو الحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امراة مسبية صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازال القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا

قال ع في الجوهرة شرح القدوري لو وهب الرجل شيئا وقبضه ولم يعوضه حتى باع الموهوب له من آخر ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته على البائع وصار كأن البائع اشتراها من الواهب انتهى قال الزيلعي في اول المسئلة اذا كان المبيع موهوبا لا يرى له وجه صحة عليه . هـ

قاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كان قبل القبض فهي فسخ في غير العقار في حق الكل لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض بيعا في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس آخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعلها فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده وبالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثرتي فيحمل مقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او تحتمله ولابي حنيفة انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا تحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح واذا لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فجعل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جوازه اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا يكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسايل احدها ان يجب على البائع رد الثمن الاول وما سمياه خلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يقبض البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب البائع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تنفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق غيرهما يظهر فائدته في خمس مسايل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونها

[marginal note] وبهذا يشترط ان تكون النقصان ... بقدر حصة ما فات ...

[marginal note] الاولى

[marginal note] الربا المحصول من ... الفسخ

[marginal note] جاريه ... فسخا ... على ...

[marginal note] قوله خمس ... في خمس مسائل

رسها

حكم الشي يعقبه فلا يكون محلا له

انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة اربعة

بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضا واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة وقوله بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كان فسخا لقبلت الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضا وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البايع بطعام غير معين وكذا لو قبض اردأ من الثمن الاول او اجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البايع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او تعيب بقضا يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضا قال وهلاك المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشي يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غير فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قايمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع فيبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما

باب التولية

وهو ان يجعل غيره والبا فكان المشتري يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهو البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله هي اي التولية بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب

[marginal note] بلغ مقابلة على خط المصنف

المقبوض غير ما وجب بالعقد

[حاشية:] لا تضم اجرة الدلال بالاجماع

[حاشية:] الذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع

عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقد ان
جايز ان شرعا لاجتماع شرايط البيع وللتعامل الناس بهما الي يومنا هذا ولان من لا يهتدي الي التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل
الذكي المهتدي فيها ويطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه و لهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها
ومست الحاجة الي هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما و لما اراد عليه السلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال
له عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شي فقال اما بغير ثمن فلا قال وشرطهما كون الثمن الاول مثليا لانه اذا
لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن ملكه او به وبزيادة ربح معلوم
فحينئذ يجوز لانتفا الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول
فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز
وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه و من شرطهما ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا يجوز فيه المرابحة
ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور رفيه والمرابحة والتولية و المقبوض غير ما وجب بالعقد قال وله ان يضم الي
راس المال اجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جري بالحاق هذه الاشيا براس
المال وهو المعتبر و لهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به فهذا
هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في
القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار و
طي البير وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل
شيا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة
في العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقايه الي وقت كالطعام وفي
المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا تحرزا عن الكذب قال ولا يضم اجرة الراعي والتعليم وكرا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولان
الراعي حفظ ~~التعليم وكرا بيت الحفظ~~ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيا وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه
وهو ذكاه وذهنه ولا يضم حفر البير وتضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللؤلؤة
ولو زوج العبد لا يضم المهر الي راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض والبيطار
والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفدا في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشيا
الي راس المال ولانها لا تزيد شيا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوخذ في الطريق
من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم قال فان خان في مرابحة اخذه بكل ثمنه او رده وحط
في التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحط وقال محمد يخير فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما
بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجري مجري
الوصف فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في ساير الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف ان
الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجري التفسير فلابد من بنا العقد الثاني على الاول في حق الثمن
وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه في التولية يحط
قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من راس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان الربح ينقسم
عليها فما اصاب الخيانة سقط معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بنا على العقد ٥

الاول

الشبهة كالحقيقة في باب المرابحة احتياطا

[حاشية:] لا يحتاج في التولية الي ذكر الثمن وفي المرابحة لابد من ذكره

[حاشية:] لا يجوز المرابحة فيما اخذه بالصلح

[حاشية:] شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر

[حاشية:] المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع

الاول من كل وجه فلابد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول والمرابحة عقد مبتدا
باشرا باختيارهما وليس مبني على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الي ذكر الثمن ٥
وفي المرابحة لابد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سميا ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على
الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة تبقى مرابحة على حاله الا ان الربح مما ظنه المشتري
فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث
به ما يمنع الرد لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا
يقابله شي من الثمن كخيار الروية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفايت وعند العجز عن
تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن و عن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البايع بما دفعه اليه من الثمن بناء
على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف و على قول ابي يوسف يحط كيف ما كان و كذا عند ابي حنيفة في
التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ منه وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولي بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده
عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية ان يكون مثل الاول
قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني
اذا باعه بربح ثانيا بعد ما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه
مرابحة و هذا عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة
بثلثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة و لو اشتراه بعشرين وباعه ٥
باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان
الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام من الاول فيجوز بنا المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي ثم باعه
الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد
الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا
ولهذا لا يجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له من التوسع
في ماله الحق بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد
وامن بطلانه وللتاكيد حكم الايجاب الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكيدهم
ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا
وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شي فلا يبيعه مرابحة ولا يقال
على هذا وجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد
الثاني حقيقة وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك
لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسالة بحالها حيث
يجوز بالاجماع لانها ليست مبنية على الامانة قال ولو اشترى ماذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده ٥
بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولي ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده الماذون
له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان
كان صحيحا لافادته ملك العين او التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما
في حق المرابحة لابتنايها على الامانة فبقي الاعتبار للشرا الاول فصار كان العبد اشتراه للمولي بعشرة في الفصل الاول
وكانه يبيعه للمولي في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزايد عليه داير بين المولي والعبد فلم يتم خروجه عن ملكه

من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينفي عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل واحد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما قال ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان من عامل هذا العامل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي اثنا عشر ونصف خارجا عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفعه اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثني عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان البيع يبيع الغاية لان الملك عين وقد وجدت الغاية هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشرا ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب وان لم يكن فيها ربح وكذا الابلاك نفيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطي الثيب يبيعه مرابحة من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شي يقابله الثمن لان الفايت وصف وهو لا يقابله شي من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شي من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطي ومعني اداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن ابي يوسف في التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجها فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب لم يرض بذلك الثمن بعدما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان يحصل بفعله او بافة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قايم فلا يبالي بذهاب ما لا يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب المشتري لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا تغير بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال اذا نقصه العيب شيا يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال وبيان بالتعييب ووطي البكر اي يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب منه سوا كان ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شي من الثمن ووطي البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فبازالتها تعييب لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقا عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بافة سماوية فجاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو

تكسر بنشر وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبها بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول ان الثمن المؤجل انقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النسا في الاموال الربوية فيكون ما اخذ من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن مؤجل لا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال فان اتلف فعلم لزم بالف ومائة اي ان اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شي من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قايما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا الى جانب عدم المالية في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كساير الخيارات من خيار الشرط والروية قال وكذا التولية اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قايما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفي عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد متعارف بينهم انه يوخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وان سامحه البايع واستوفي منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له ان يرد على بايعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتي برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البايع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر خلافه له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما كان والصحيح ان يفتي بالرد ان غره والا فلا قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتدا واما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتدا لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشي برقمه كان البيع فيه فاسد فاذا علمه البايع في المجلس صح والا فلا وانما خير لخلل في رضاه لان الرضا بالشي لا يتم قبل العلم به

فصل قال صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه السلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعيينه ليصير هالكا حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول به ان التصرف في الثمن قبل القبض جايز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جايز قبل القبض لما مر منه والفقه فيه ان المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر

الاموال ثلثة انواع مقدرات كالمكيلات والموزونات ومعدودات متقاربة ومذروعات كذا في الكافي

واجب ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف قلنا ان نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لها ان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول قال لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه السلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبايع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبايع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البايع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البايع بعقد نايبا عن المشتري في القبض فيصير قبض المامور قبضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزوج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج امته الآبقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانها لا تدري احية هي ام ميتة ولو وهب المبيع من البايع قبل قبضه فقبله البايع انتقض البيع ولو باع منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ديني واقلني عثرتي بخلاف البيع قال ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي لو اشترى المكيل او الموزون بشرط الكيل او الوزن او المعدود بشرط العدد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض لقول جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري رواه ابن ماجة والدارقطني وعن عثمان انه قال كنت ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده اكثر من كيل البايع بان كان كيل له قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينتقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما اخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البايع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته

ولو كاله البايع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن ابي حنيفة واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزايد وان وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربوا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا الظهر ولو اشترى المكيل او الموزون شرا فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جايز لان الملك في البيع الفاسد ثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في البيع قال لا المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زايدا او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في البيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا يتصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين قال والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبايع ان يحط من الثمن وان يزيد في المبيع ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبايع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الاصل لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا يلتحق باصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وهذا حط الكل لا يلتحق باصل العقد بل هو بر مبتدا فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران الصفقة من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما باسقاط الخيار او غير لازم باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشي يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول

انما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا او وصفا

الا ما كان يسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلي
اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل
لاصله لانه ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه
يودي الى تبديله فلا يلتحق به وفائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على
الباقي في الحط ويظهر في الشفعة ايضا حتى ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت
بالبيع الاول وهما لا يملكانه الا ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع
حتى يرجع المشتري على البايع بالزيادة ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر ايضا في حق الفساد
في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد احدهما او حط ورد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة
او المردود في الحط فسد العقد كانهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الزيادة
ولا تصير هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل
قول ابي يوسف وفي الحط يكون هبة مبتداة ويظهر ايضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى
لو هلكت الزيادة قبل القبض يسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شي من الثمن
بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت
الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق باصل العقد لانها كانت موجودة وقت العقد فامكن تقدير
ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا
يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت
اصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم
الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر ايضا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج
على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح
الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط
في رواية النوادر يجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها
باصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت
فزاده البايع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجزه
لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي يلحق
بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لا يجوز لانه تبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول
وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او تخمر العصير او اخرجه عن ملكه
ثم زاد عليه جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المثل بعد موتها وانما يلتحق الحط باصل
العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا او وصفا اما اذا كان تبعا فلا يلتحق باصل العقد حتى لو اشترى دارا بالجياد فنقد زيوفا
او نبهرجة ورضي البايع بذلك فان الشفيع لا ياخذه الا بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضي به البايع فان
الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة
لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل يزيد في حاجته فلا تجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة
لان الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة قال وتاجيل كل دين غير القرض اي
يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله ان يوخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فاولى ان يملك استقاطها

القبض شبها بالعقد

الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع

موق

الجنس بانفراده يحرم النسا

اجمعت الامة على تحريم الربا حتى يكفر جاحده

الابتداء بالنهي يشعر باصالة الحرمة

تعليق جوازه يدل على عزته وخطره

موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل
الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز
تاخير المطالبة فيه كما في ساير الديون ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك
التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد الماذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة لان المعير اذا وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التاجيل لان
الجنس بانفراده يحرم النسا لا سيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما
على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من فلان من ماله الف
درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها
ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم باب

الربا قال هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله
تعالى وما اتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على ساير الاماكن ارتفاعا
والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة
فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه
ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء رواه احمد والبخاري وعن
عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله الرجل وهو يعلم انه
اشد من ستة وثلاثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده قال وعلته القدر مع الجنس
يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية
بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول
الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد وجه الاستدلال به ان الطعام مشتق
من الطعم فذكره يدل على انه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
جعل القطع والجلد للسرقة والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب
الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان الابتداء بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز يعارض
وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه يدل على عزته وخطره
كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات
لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها بها ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر
لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع
الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة موثرة في حكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط
لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه السلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان العزة
والخطرية اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل
بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني وجه التمسك به انه عليه
السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبي عن

المعلول ... قبل الوقت

الوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها

بلغ مقابلة على خط المصنف

الفرق بين الشرط والعلة

فللمجاز عموم كالحقيقة
والاصل هو الحل او الحرمة
الاموال خلقت للابتذال
الشي الواحد يتضمن حكمين متضادين في محلين مختلفين
لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار

علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقدير المكيل والموزون مثلا بسبب الكيل او الوزن مع الجنس والذي
يدل عليه حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على
خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا قال انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلثة فقال لا تفعل بع
الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليست على اموال الربا وهو
اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك
وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين
المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال
انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زايد عليها لا لكونها
حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبي عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره
الشارع واوجبه صيانة لاموالهم عن التوي وتتميما للفايدة بالتسليم من الجانبين فتكون الزيادة عليه قدرا تاويا
على صاحبه بلا عوض وكذا الحال خير من المؤجل فتفوت به التسوية وفايدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف
في المؤجل وهو المراد بقوله عليه السلام مثلا بمثل فعند فواته يلزم الحرمة وهو المراد بقوله عليه السلام والفضل
ربا فيعلل بعلة توثر في ايجاب التماثل فتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار
الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوى الذات والجنسية تسوي المعنى لاستوايهما في
المقصد الا ترى ان كيلا من بر يساوي كيلا من بر او شعير في الصورة ولا معتبر له لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف
لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي فيه يودي الى سد باب البياعات
وهو مفتوح والطعم والاقتيات والتثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات واهمها فسنة
الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع
بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب بمظنة الحاجة عادة بخلاف ساير الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى
الهوى والماء والتراب والنفس اشد جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه
اكثر فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد الوضع ان يفسد وضع ذلك الحكم على
ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت انما
تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على
منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الادمي فعلم بذلك
ان قوله المساواة مخلص باطل ولين كان مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشي
الواحد يتضمن حكمين متضادين من محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في امها فكذا القدر
والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب
انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن او الكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن
لا يكون من الاموال الربوية ولان الاموال الربوية هي التي يكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال
ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة
من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا **قال فحرم الفضل والنسا بهما** اي بالجنس
والقدر لما بينا انهما علة **قال والنسا فقط باحدهما** اي حرم النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر
دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة

بالفضة

تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة

بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد رواه احمد ومسلم وغيرهما من ايمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون
لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة
شبهة الفضل وهو النسا لانه يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة اما لا للدليل بعدين ولا يقال احدهما جزء العلة
وبه لا يثبت الحكم ولا شي منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة
النسا وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم
يجمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان بالصنجة ولانه
يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين
صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النسا والذي يدل عليه انه عليه السلام قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس المال ولو لم يجز لكان رد له بالراي وهو
لا يجوز **قال وحلا بعدمهما** اي حل التفاضل والنسا بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ
الاصل الجواز على ما بينا والحرمة بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الا ترى ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل
الله البيع فيجري على اطلاقه فيما لا يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل **قال وصح بيع المكيل كالبر والشعير
والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا** اما بيع المكيل والموزون
غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرنا وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شي وقع عليه كيل
الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدور بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير انه لما لم يستمسك الا في
وعاء يشق عليهم وحمله وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت بالوعا فقدر بالارطال والامنا فاكتفي به دفعا للحرج
فبقي موزونا على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة معناه انه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير الاواقي سواء بسواء لانه لم يجز لانه باع الموزون
بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيبطل الجواز للتفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيين اذا استويا
في كيل وجب ان يستويا في كيل اخر ايضا ولا تاثير لكون الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفي
النهاية قال الاسبيجابي فايدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن
يجوز وهذا الحسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير انه يودي الى انه لا يجوز بالاواقي ايضا
اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا سند في هذا الاشكال الا اذا امتنع الجواز في الكل **قال وجيده كرديه** يعني
جيد مال الربوا ورديه سواء حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه السلام عن ذلك فيما روينا من حديث
ابي سعيد وابي هريرة حيث قال له الرجل انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلثة بقوله لا تفعل بع
الجميع بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا **قال
ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف** وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام
كالنقد بالنقد لما بينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه
انه عليه السلام قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر
ربا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه
هاء اي خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان
كان مما لا يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه السلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في حق النقدين

والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما ومجاز في الاخر وايهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف
ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولانه يودي الى تعاقب القبض بان يقبض احدهما دون الاخر
فاشبه التاجيل وهذا لان للمقبوض مزية على غير فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع متعين فلا
يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف
الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والموجل والمراد
بما روي التعيين غير ان ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنيي المشترك
ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية لان الثمن
لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقا شبهة عدم التعيين باعتبار الاصل اذ الشبهة
في الحرمات ملحقة بالحقيقة قال وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة
بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشيا ليست بمكيل ولا موزون فلم يدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد
شطريها وهو القدر ولهذا ايضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في
الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون نصف
صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار من احد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا
يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب او فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وقال
الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجدت قال والفلس بالفلسين باعيانهما اي
البدلان باعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرايجة اثمان
والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي غيرها
ولا ينفسد البيع بهلاكها وهذا لان ثمنيتها ثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين
يودي الى الربا او يحتمله بان ياخذ بايع الفلس الفلسين اولا فيرد احدهما قضا بدينه وياخذ الاخر بغير عوض او ياخذ بايع
الفلسين الفلس اولا ثم يضم اليه فلسا اخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر بغير عوض يقابله وهو ربوا
فصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والاخر بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا
بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقا اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه
لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتهما باصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا
بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يودي الى الربا بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يودي الى الربا
على ما بينا فان قيل اذا ابطلت الثمنية وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا
بالاصطلاح على الثمنية فاذا ابطلت الثمنية عاد الى اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا
لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شي معدود ولا يكون ثمنا الا ترى ان الاواني
من النحاس او نحو غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا
لما عرف ان المعتبر في كونه موزونا او مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشيا الستة لان
العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغنا عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة تناقض النص لا يعتبر
اصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا كسدت
الفلوس باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجري فيها احكام الاثمان في حقهما فكذا لا يكون عروضا
ايضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها ان يكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل وللراي

الجماعة

الجماعة فلا يبيع بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف راي الكل قال واللحم بالحيوان
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما في الحيوان
ليكون قدره متقابلا باللحم والزايد بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا
لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما
جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم
فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا
اخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما
لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه
لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على وجه الاعتبار
بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احدهما بالاخرى قال
والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينتقض فيعود غزلا او قطنا وكذا القطن
والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان
الغزل لا ينتقض فيعود قطنا وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول
محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير
المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزايد بالقطن
وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن يشترط ان يكون اللبن او الصوف اكثر مما على الشاة
لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما جي قال والرطب بالرطب او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب
يعني متماثلا ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سيل
عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا فافسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى
انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه
لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله عليه السلام في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه
بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلام حين اهدي اليه رطب قال اكل تمر خيبر هكذا وروي انه عليه
السلام نهى عن بيع التمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال يحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز
بيعه باول الحديث وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة
بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيا وما روياه لم يصح لان
مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولين صح فهو محمول على ان السايل كان وصيا في مال اليتيم او وليا
للصغير فلم ير عليه السلام بهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه يمنع من بيع الجيد بالردي من مال
الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الاختلاف والوجه ما بينا من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة
المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة رحمه الله بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ
التمر هناك يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما بيع الرطب بالرطب فلما روينا
ان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف
الكفرى حيث يجوز بيعه بما شا من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله وهو

بالزيتون صح

باع القطن بغزل

ماجي صح

عددي متفاوت وهو اول ماينشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ولتفاوته تفاوتا فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا او زبيبا بتمر مثله او زبيب مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شي من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه ان التفاوت فيها يظهر مع بقا البدلين على الاسم الذي عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقا احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف لاطلاق قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه حجة يتناول الحنطة والتمر والشعير على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه لما روينا من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل قال واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكوة واسماوها ايضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق الشعير والبر والمقصود ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شي بشي اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم المعز والضان او لبنهما او لحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب في باب الزكوة فكذا اجزاوهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان او ما يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا اجاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربي بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدارا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة قال وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسما والصورة والمقاصد قال والخبز بالبر او الدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتاخر والسلم فيه فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال ابو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان خص باسم اخر فيحرم لشبهة الربا لان احدهما بر والاخر اجزاوه او احدهما دقيق والاخر اجزاوه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزا والمجتمع بالتفريق لا يصير جنسا اخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم

قال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام

غير ان المعيار فيهما الكيل وهو مسوٍّ لهما الا ترى ان البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسو لهما فامكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه يثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال ابو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او احدهما لا يجوز واذا باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند ابي حنيفة وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر وهو اية الاختلاف غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالاخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة رحمه الله انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزا الحنطة ولهذا لا يجوز ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل الاخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الجزآن لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل الاخر ومعهما على ما بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم قال والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر ليكون قدره بمثله والزايد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنها وان اختلفا صورة فتثبت بذلك فيه شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الاخر كان الثجير بلا عوض يقابل فيحرم ولو لم يعلم ان الدهن الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ وعند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمحقق الا ترى الى ما روي عن جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه عليه السلام انه نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل على هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بان تصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتاتى في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شي لثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب او تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب والفضة اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازايه شي حتى لو جعل فسد لربا الفضل قال ويستقرض الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال ولا ربا بين المولى وعبده لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق برقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعري عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربوا بينهما وان كان عليه دين لان له ان ياخذ كسب عبده المدين بعوض بعد له استخلاصا بغير شرا فجعل اخذا بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزايد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مال لهما

اذا تبايع الحربي والمسلم بيعا فاسدا في دار الحرب جوز

وكذا شريكي العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال وبين الحربي والمسلم اي لا ربوا بينهما في دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جايز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك ماله الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان ماله مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زايلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحربي ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه والله اعلم

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشرا البيت وبشرا المنزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل او كثير هو فيه او منه ويدخل بشرا الدار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشرا البيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشرا المنزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له او منه وبشرا الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحايط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزايه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سوا باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانه سوا كان صغيرا او كبيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبتني على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما ادير عليه الحايط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة وتدخل بير الما والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج من حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها قال لا الظلة الا بكل حق اي لا يدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق او نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل من غير ذكر شي مما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة رحمه الله انها خارجة من الحدود ومبنية على هوا الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على شي اخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوها والا فلا عملا بالشبهين قال ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة اي لا يدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل حق او نحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعد ما اشتري المبيع بخلاف الاجارة لانها

تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا يجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشيا عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها ه تصحيحا لها الا ترى انه لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ما الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبنا ولو اشترى رحا يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبنا وكذا الاعلى استحسانا والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا بقضا القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاوه في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضا وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفا فيعذر في التناقض لان النسب يبني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البايع عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشا الملك للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون اظهارا لملكه من الاصل فيستحقه بزوايده ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام لانه تبع لها فيكتفي به وقيل يشترط القضا له بالولد وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد لم يدخل الزوايد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضا وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال وان قال عبد لمشتر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة فلا شي على العبد والا رجع المشتري على العبد والعبد على البايع بخلاف الرهن يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سوا كان الراهن حاضرا او غايبا وعن ابي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسالة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا او غايبا كالرهن تحقيقه انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي وهذا كما قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه امين او قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفايه من البايع لانه انما اقدم على الشرا معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة المغرور من جهة والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهر حرية الاصل واهلية الضمان وتعذر الاستيفا من جهة البايع يواخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر انه حر او استحق رجعوا عليه بقيمته لحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرما فجعل المولى كانه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفا لعين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في موضع لا يجوز فيه المبادلة كثمن الصرف وراس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالاكل والسلوك او كان

بلغ معارضة على خط المصنف

الامر بل كمن الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وامر الاجنبي لا يعبأ به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترني
او قال انا عبده ولم يزد عليه لان الحر يشتري تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل
على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على الامر لانه قضا دينه عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن
اذا قضي الدين لتخليص الرهن فان قيل لا يتصور هذه المسئلة على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة
بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا
قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود
يجب عليهم تعيين امه في حرية الاصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست
بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى
فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية
الاصلية والطارية لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفا الحال عليه
فيعفي التناقض فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية ابويه او بحرية احدهما باسلامها
او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض واما
في العتق الطاري فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة تقيم البينة ان زوجها طلقها ثلاثا
قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة
فاستحق بعضها لا يرجع بشي لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شي لا يرجع عليه بخلاف ما اذا
استحق كلها لانا تيقنا بانه اخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت المسئلة على ان الصلح عن معلوم على مجهول جائز لانه يفضي
الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا اخلى عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا على
ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على
هذه الصورة لا يقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف
البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الا في دعوى الاقرار او دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة اولا فتدا اليمين والمعاوضة
لا تجوز في المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به
وهذا اذا لم يقدر الحق بشي وان قدره بجز معلوم بربع مثلا او بنصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر وان بقي
اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه قال ولو ادعى كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا
استحق منها شي تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه
ويجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود
عليه والمعقود له وهو المالك بحاله والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد
موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا وجد
نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشرا العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي لا ينعقد تصرفات
الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك
ولم يوجد واحد منهما فيلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث
عروة ابن ابي الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما
بدينار وجا بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخاري واحمد وابو داود و
وحديث حبيب بن ابي ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى

اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجا بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح
بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده
وانكر عليه ولان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله فلا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان
الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى
المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع
حقوق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين بصون كلامهما عن الالغاء وقد ثبتت القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع
على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته
عادة الا من صديق متفضل نصوح يريد لاخيه مثل ما يريد لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية احكامها
لا مجرد السبب فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غير مالك فيلغو قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك
بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهذا لو
اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلي حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان
العلة قد يتاخر حكمها العارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما او كالراهنين اذا تبايعا رهنا بغير
اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الى شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا
شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر الوجوب في حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي
وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود
لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا ترى ان الولي لا يملك انشاها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة
حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن توقف حتى لو اجازه الولي او هو
بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع
المبيع قبل القبض وعن بيع الابق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او الابق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان
الابق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض
ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روي انه
عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث
فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاشتريها فاسلمها له فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقا المتعاقدين
والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشيا ولا يشترط
بقا الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجازه المالك كان الثمن
مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سوا هلك بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه
معبر محض فلا يرجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقا العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو اجازه بعد
ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن
العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شرا من وجه
والشرا لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته
في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا

البيع اسرع نفاذاً من العتق

استقراض غير المثلي جايز ضمناً وان لم يجز قصداً

لنفسه بمال الغير مستقرضاً في ضمن الشرا فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جايز ضمناً وان لم
يجز قصداً الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة على عبد الغير صح ويجب بقيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته
ان يصير قرضاً فكذا هنا واعتبار جانب الشرا اولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقل
عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شرا لما ملكه الوكيل بالبيع لانا نقول
اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمه ولو مات المالك لا ينفذ باجازة
الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي او الاب اذا توقف على اجازتهما
في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يوقف له فينتقل اليه وبخلاف
ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وكان قد وطيها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث
كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطي ابيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشرا ايضاً مثل ذلك
بان باعها المولى ممن لا يحل له وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع
في قول ابي يوسف اولاً وهو قول محمد لان الاصل بقاوه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك
في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه** معناه لو غصب
رجل عبداً وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما
وقال محمد لا يجوز عتقه ايضاً وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولي
موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه
دون وجه فلا يصلح شرطاً للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر فيه الملك مطلقاً والمطلق
ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت
للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتقه المشتري
والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني
مع ان البيع اسرع نفاذاً من العتق حتى صح بيع المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان
نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب
الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك يثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع للملك بالوضع ولا ضرر فيه
على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة
المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجازت الغرما البيع او اعتاق الوارث عبداً
من التركة وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين او ابرأ الغرما منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق
الملك والشي اذا توقف توقف على حقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع
لافادة الملك لكونه عدواناً محضاً وانما ملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب
مثبتاً للملك في الحال ولا سبباً له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكماً له بل هو سبب له ضرورة عند اداء الضمان
والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده
في حق الحكم اصلاً فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع
مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر
في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام
التي لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك الغاصب المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه

لو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث في العين والدين

لو اعتقه المشتري والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه

عنـ

عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف

عند البعض لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما يثبت بناء عليه
والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشرا فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب
لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصاً والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز
البيع الا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب
منه البيع الاول لانه بالاجازة يثبت للمشتري الاول وهو البايع الثاني ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله
لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعاً لما ثبت الملك الموقوف للمشتري
من الفضولي لوجود الملك البات فيه لمالكه بل كان هذا اولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا
كان يرفعه بعد ثبوته فاولى ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع او الرفع انما يكون عند التعارض
ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قايم بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي
فالملك الثابت يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف
ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على الملك الموقوف البات فلما ملك الغاصب
ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتاً في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف
وحاصل الخلاف راجع الى ان عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلاً في ملك الغير
وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت
الاجازة لدفع الضرر ولا ضرر في النفاذ في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات الصادرة **قال ولو قطعت يد**
عند المشتري فاجيز فارشه لمشتريه اي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي ثم اجاز المالك البيع يكون ارش اليد للمشتري
لان الملك ثبت له من وقت الشرا فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما حدث من المبيع من كسب او ولد او عقر قبل
الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوايد كالمكاتب اذا قطعت
يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبايع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري
لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل ومع الخيار للبايع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا
غصب عبداً فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له
ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوايد **قال وتصدق بما زاد على نصف الثمن** لان فيه
شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه
ولانه اذا كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد الواحدة في
الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح
ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة **قال ولو باع عبد من بغير امره فبرهن**
المشتري على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد العبد لم يقبل لبطلان دعواه
بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة
العقد الصحيح النافذ والبينة لا تنبني الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات
ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذ المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة على اقرار البايع
بان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري
في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري
فلذلك لم يرجع في مسئلة الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا



فيما اذا اقام البينة علي ان البايع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه علي الشرا ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا يقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة علي ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فيقبل بينته ولو اقر البايع في مسلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامر بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعي انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه بريء بالتصادق وعند ابي يوسف له ان يطالبه فاذا ادي رجع به علي البايع وهذا بنا علي ان ابرا الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل ونفاذ بيع وكيله فان اقام الوكيل البينة لزم والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البايع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك علي انه لم يامر لم يوخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل مضي البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضا علي الغايب بفسخه وللبايع ان يحلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن البايع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البايع واقام بينة علي اقرار المالك بانه لم يامره لم يقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها علي اقرار مشتر به بذلك بعد موته يقبل بخلاف ما اذا اقامها علي هذا الوجه حال حيوة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حيوته اصيل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته نايب عن الميت والميت لو ادعي بنفسه حال حيوته لا يكون متناقضا فكذا نايبه ولو ورثه البايع وغيره فان ادعي غيره جحود المالك البيع لانه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا بخلاف شريكه البايع حيث يكون متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله ما يعلم ان المولي امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد ورجع المشتري علي البايع بنصف الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر ولو انكر لغا قول الامر حتي يقيم البينة علي ملكه ولغا توكيل بايعه في خصومته كيلا يصير البايع ساعيا في نقض ما اوجبه **قال ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنايه لم يضمن البايع** ومعني المسلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لا يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق علي المشتري ولا بد من اقامة البينة حتي ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الي عجزه عن اقامة البينة لا الي عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه نعلي هذا التقدير يعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنايه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البنا في ذلك

باب السلم

وهو بمعني السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل سمي هذا العقد به لكونه معجلا علي وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا **و**ينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم علي خلاف القياس فلا يجوز بغيره **و**في رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الاجل لما روي انه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم **و**هو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول اية وتلي قوله تعالي يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الي اجل مسمي فاكتبوه **و**قد روينا انه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم **و**القياس يابي جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم اولي ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرناه **قال ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح**

السلم

السلم فيه لانه لا يفضي الي المنازعة وقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الي اجل معلوم رواه مسلم والبخاري **و**الضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام **قال وما لا فلا** اي ما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الي المنازعة فلا يجوز كساير الديون **قال فيصح في المكيل والموزون المثمن** لما روينا ولما بينا من المعني **و** احترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما اثمان وليسا بمثمن حتي لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسي بن ابان **و**قال الاعمش يكون بيعا بثمن موجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني **و**قول عيسي اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه **و**انما يصح في محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الي تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان **و**اما اذا اسلم فيهما كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر بانفراده يحرم النسا **و**لو اسلم في المكيل وزنا كما لو اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روي الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المودي عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما **و** روي الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمودي عين والعين غير الدين حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا **و**علي هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا **قال والعددي المتقارب كالجوز والبيض** لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس علي اهدار التفاوت **و**لهذا يستوي قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان احادها متفاوتة ولهذا اختلف في القيمة وبها تعرف التفاوت والتساوي **و**عن ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت احاده في المالية **و**يجوز السلم في هذه الاشيا كيلا ايضا **و**قال زفر لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة **و**عنه انه لا يصح عددا ايضا لانه يودي الي التنازع في التسلم والتسليم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثا **ولنا** ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد اخري فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما ايهما كان اذا كان يعرف قدره بهما **قال والفلس** لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه **و**قيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا **ولنا** ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كساير المعدودات **و**هذه المسلة مبنية علي ان اصطلاح الناس علي الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل علي ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين **و**ذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين **قال واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم** لان احادهما لا يختلف اختلافا يفضي الي المنازعة بعد ذكر الالة **قال والذرعي ان سمي الذراع والصفة والصنعة** لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشيا فلا يودي الي التنازع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما **قال لا في الحيوان** وقال الشافعي يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا الجهالة تتقلل فلا يفضي الي المنازعة كما في الثياب **ولنا** ما روي انه عليه السلام نهي عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا تري ان العبدين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشرع قال قايلهم ولم ار امثال الرجال تفاوتا... الي المجد حتي عد الف بواحد، وقال اخر والناس الف منهم كواحد... وواحد كالالف ان امر عنا، وقال الاخر ولم ار مثل البعث يشري ويعلو... وقد ورد بعد الالف زايدا والف نراهم لا يساوون واحدا **و**كذا ساير الحيوان يختلف اختلافا يودي الي اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الحليات والجواهر بخلاف

بلغ مقابلة على خط المصنف رحمه الله تعالى

الاثمان ح

كالثوب ح

الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بآلة فاذا اتحد الالة والصانع تتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعد
لا يضر وما روي انه عليه السلام استقرض بكرا فالمراد به انه استعجل في الصدقة ثم لم تجب الزكوة علي صاحبها فردها
رباعيا واستقرض لبيت المال لانه يجوز ان يثبت حق مجهول علي بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى انه
عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الي اجل كان قبل نزول اية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النسا او كان ذلك
في دار الحرب اذ لا يجري الربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب علي ما بيناه من قبل ويدخل فيه جميع انواع الحيوانات
حتي العصافير لان النص لم يفصل قال واطرافه يعني لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالراس والاكارع
للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق
والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الروس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساوي له
فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فبقي معتبرا ولا يدري قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم
فقليل فجعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال والجلود عددا اي لا يجوز السلم
فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما الا ان يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة
من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن
قال والحطب حزما والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتي لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب
والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الي النزاع جاز قال والجوهر والخرز لان احادها متفاوتة تفاوتا فاحشا
وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به قال والمنقطع
اي لا يجوز السلم في الشي المنقطع لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين العقد الي حين المحل حتي لو كان منقطعا عند
العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان
في البيوت وقال الشافعي يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معني لاشتراطه
قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمرة حتي تزهي قالوا وما تزهي قال
تحمر وقال اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن
بيع الثمار حتي يبدو صلاحها نهي البايع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وفي رواية حتي يبيض ويامن العاهة
وهذا نص علي انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جايز لا يمنع احد بيع مال
معين ينتفع به في الحال او في المال وقوله عليه السلام بم يستحل احدكم مال اخيه وهو راس مال السلم يدل عليه لان احتمال
بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة علي التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل
وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم
القدرة علي التسليم لان جوازه علي خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم
كالواقع ولان القدرة علي التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع من
ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شا فسخ العقد واخذ راس ماله وان شا انتظر وجوده
وقال زفر يبطل العقد ويسترد راس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض ولنا ان السلم قد صح وتعذر
تسليم المعقود عليه بعارض علي شرف الزوال فيتخير فيه كما اذا ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل
القبض لانه قد فات لا الي خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيا وكسدت حيث يبطل البيع به لانها تفوت اصلا ولا
يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متي تروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة علي التسليم اوانا معلوما فيتخير قال
والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك الطري لانه ينقطع من ايدي الناس في الشتا لانجماد المياه حتي لو كان في بلد لا ينقطع

بخ

فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف
الناس في غلظها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال وصح وزنا لو مالحا اي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه
وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن
وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا الي الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان قال
واللحم اي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته
وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند
الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار
كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر علي وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز
كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة رحمه الله ان اللحم يختلف باختلاف صفته من
سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في الشتا يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظما
غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يامر بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة
لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار او العظم في الالية فانه معلوم ولا
يجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز علي الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء
احدهما لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز
استقراضه ولين سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف
في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا
بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال وبمكيال او ذراع لم يدر قدره
اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الي النزاع بخلاف البيع به حالا
حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد ذكرناه في اول
البيوع وفي الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل
والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الما للتعامل كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره
فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتاتي فيه الفرق
بين المنكبس وغير المنكبس او التجويز في قرب الما وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال
حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثني قرب الما ايضا
قال وبر قرية او ثمر نخلة معينة اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة فلا يقدر علي تسليمها واليه
اشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بان كان له
نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الي اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال وشرطه بيان الجنس
والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الي شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه
الاشيا وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لجوازه لما روي انه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة علي النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعني فيه انه معاوضة
مال بمال فيكون الاجل فيه جايزا ترفيها لا شرطا كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم
ما لا يقدر عليه فكان قادرا علي تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا علي التسليم كان قادرا لما
يدخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال علي رب السلم اولا قبل قبض المسلم

وعلى قولهما الفتوى كذا في شرح المجمع لابن ملك

المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة

فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل
ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فشرط فيه اعلام
الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة
شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل داري فليدخل
غاض البصر لا يجوز له ان يدخلها الا وهو كذلك ولكن قال من اراد ان يصلي فليتوضا وما رواه حكاية حال فلا عموم لها
لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيما هو سبب القدرة وهو
الاجل الذي فيه ليتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا
على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع مع
غير تعيين المبيع او عند عدم القدرة على التسليم حرام وانما اجيز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس
لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز
عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل او الحصاد فاسقط
التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة
لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله
قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخل رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر
ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه المطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه
اصلا اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب
العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم ان يكون العوضان
فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة
لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا بفعالهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس
لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع
على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر
الوقوف عليهما وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة **قال واقله شهر**
اي اقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل الا ترى ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام
رواه الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر
قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في
التاجيل في مثله فان اجل فيه قدر ما يوجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى **قال ومعرفة قدر راس المال في**
الكيل والموزون والمعدود اي شرطه بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط
اعلام قدره كما في الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما يشترط احترازا عن المنازعة وجهالة
قدره بعد التعيين بالاشارة لا يفضي الى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابي حنيفة
ان جهالة قدر راس المال قد يفضي الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال
في مجلس العقد الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة

حتى يحج
الكتابة عقد ارفاق
حلف ليقضين دينه عاجلا
واجمعوا ان راس المال اذا كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة من الدرر

المسلم

اول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة تتعين ضرورة

المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بكيل معين او بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه
ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما انفق راس المال فيفسخانه ولا يدرى كم يرد فيفضي الى
المنازعة او الى الربوا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم الا ترى انه عليه السلام قال
اذا منع الله الثمرة بم تستحل مال اخيك بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه
ولا يتعلق به على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس
مال احدهما بان اسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من راس المال لانه ينقسم عليهما
باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما او اسلم جنسين ولم يبين قدر احدهما بان اسلم دراهم ودنانير في
مقدار معلوم من البر فتبين قدر احدهما ولم يبين الاخر لان راس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به
ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت احاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات
قال ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء اي شرط جوازه بيان مكان ايفاء المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده
كما في البيع ولهذا وجب تسليم راس مال السلم في ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب المساواة
لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له
مكانا اخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في
غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البايع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه
او يكون اجارة في بيع فيكون مفسدا للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل
التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط الحمل في ملكه بل في ملك البايع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين
ضرورة كاول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابي حنيفة ان تعين مكان
العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا فيكون السلم
متاخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب
ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقد
عقدا في لجة البحر وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر بقي مجهولا جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة
فتفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن لما تختلف باختلاف الصفة الا ترى ان الحطب
في المدن اغلا منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة
وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفا
كما لو اختلفا في البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى
هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بان اشترى شيئا او استاجر
بحنطة في الذمة موصوفة او اقتسما شيئا وجعلا لاحدهما مكيلا موصوفا في الذمة الى اجل فعنده يشترط بيان
مكان الايفاء في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستاجرة
وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته
لا تختلف باختلاف المحلية من مصر واحد ولهذا لو استاجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله ان يعمل عليها في اي مكان كان
وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل في كل مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان
كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط ان يوفيه

العقد ثم
قدر ارادة بالمعدود ما لا يتفاوت احاده

في منزله جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاوه في منزله اليه ولو شرط الحمل الي منزله قيل يجوز لانه اشتراطه الايفا فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الايفا وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان يوفيه في موضع ثم يحمله الي منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفا ثم اشتراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز

استراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز

قال وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا علي اطلاقه قول ابي حنيفة سوا بينا مكان الايفا او لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفا يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين تعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق فيعتبر فحاصله ان فيما لا حمل له ولا مونة كالمسك والزعفران وما اشبههما لا يحتاج فيه الي تعيين مكان الايفا بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه في التخريج في اي مكان يجب تسليمه علي ما بينا قال وقبض راس المال قبل الافتراق اي شرط جواز السلم قبض راس المال قبل ان يفترقا والمراد شرط بقايه علي الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبي عن اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه علي وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا لما ذكرنا ولانه لو لم يقبض فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر علي تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا علي الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الروية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكل ما ورده عليه بخيار الروية اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في راس المال وخيار الروية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتي لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضي السبب بل لحق المالك فاذا جاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان راس المال قايما عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام معتبر بالابتدا وفيه خلاف زفر وهو مبني علي قاعدته ان العقد متي وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده علي ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفا والقدرة علي تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام راس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة علي تحصيله ان يكون موجودا من حين العقد الي حين المحل قال رحمه الله فان اسلم مايتي درهم في كر بر مايه دين عليه ومايه نقد فالسلم في الدين باطل اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طاري اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد مايتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المايه الاخري فلا يشيع البطلان الطاري كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض يبطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتدا فلا يجوز لجهالة ثمنه او لان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف اليهما كما ذكر في الكتاب او

لا يصح شرط الخيار في المسلم فيه

بعينه

يضيف الي مايتين مطلقا ثم يجعل المايه من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعني يجمعهما وهو كون الفساد طاريا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد اليه الا تري انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك هذه المايه والمايه التي لي علي فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن علي غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدي بخلاف ما نحن فيه علي ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له علي اخر مايه درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه هذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية علي اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن زفر ان السلم في الكل باطل في الجنس الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعيين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدي علي ما تقدم واما فيه ابن عباس رضي الله عنهما قال ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روي انه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز علي ما عرف في موضعه وراس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز لا ترى الي قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فقد ابطل التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليك بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه بالمبيع حتي لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابرا كالمبيع فاخذ حكمه قال فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيا براس المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فياخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست بيعا من كل وجه ولهذا جاز ابراوه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كساير الديون ووجه الاستحسان ما بيناه قال ولو اشتري المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لم يصح ولو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضا للصفقتين ولم يوجد في الاولي وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البايع قضا لحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا امر المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا اجاز والاصل فيه ما روي انه عليه السلام نهي عن بيع الطعام حتي يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ومحله علي ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق علي شرا المسلم اليه

الميه صح

السلم فيه مبيع

راس المال له شبه بالمبيع

كون راس المال دينا لا ينافي كونه مبيعا

استبدال المسلم فيه بجنسه جايز

القرض اعارة

من بايعه فلم يكن المسلم اليه بايعا لرب السلم بعد الشرا فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جايز الا ترى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت انه بيع جديد بعد الشرا فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضا لحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل قال ولو امر رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غايب لم يكن قضا بخلاف المبيع يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغراير مثلا وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قضا ولو كان مكان السلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع والمشتري غايب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المديون وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشرا فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البايع وكيلا في امساكه الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح الا ترى انه لو امر بالطحن او بالقايه في البحر ففعل يكون على الامر في الشرا ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المامور لما قلنا فان قيل البايع لا يصلح ان يكون وكيلا للمشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور ان يكون وكيلا له هنا قلنا لما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا او كاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في ظرف البايع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا للظرف من البايع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البايع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصايغ فضة وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا وان بدا بالدين لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاه حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدا بالعين لانه لما كال الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البايع قابضا لما قلنا ولما كال العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البايع وصار مستعيرا لظرفه ولما كال العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا لها باذنه فيشتركان فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القضا بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري

بوضعه

لو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري

بوضعه في ظرفه ثم تملك الدين باتصاله بملكه بعد وهكذا ذكره قاضي خان وذكر صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما ان شا نقض البيع وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ولو اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم فحكم الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم يبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ووجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقا العقد وهو يبقى ببقا المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتدا وكذا تبقى بعد الهلاك لان البقا اسهل من الابتدا واذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقا احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا قال وعكسها شراؤها بالف اي عكس مسالة السلم شرا الجارية بالف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتدا لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتدا بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقا احدهما فحاصله ان هذا الجنس منقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او كلاهما او هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غير فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قايما كان لهما ان يردا غيره بعد التقايل قال والقول لمدعي الرداءة والتاجيل لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الاخر لم نشترط شيا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الاخر لم نشترط شيا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسايل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسالة ان يقول لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر ان المسلم فيه مع رداءته يزيد على راس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه عادة فوجب ان يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلما فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف عندهما لان

الاستصناع فيما لا تعامل لا يجوز اجماعا

الاجل للترفيه

الرجح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ

الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند ابي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم يرد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرايطه لان شرط الشي تبع له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما اقر به فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولين سلمنا انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامراته تزوجتك وانت صغيرة وقالت هي تزوجتني وانا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال وصح السلم والاستصناع في خف وطست وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرايطه على ما بينا من قبل واما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه السلام ما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جايز للتعامل وان كان القياس ياباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر يقعد في الحمام وكم قدر يستعمل او يشرب من الماء وكم قدر يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع او النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجز التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرايطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتي به معمولا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما ووجه قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية وما لا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه كالماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل احد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة اصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الالة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه

الصانع

الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء واثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه ما ذكرنا من احكام البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لان البيع لا يبطل بموت احدهما بل يستوفي من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبر فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم ير على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال وله الخيار اذا راه اي للمستصنع الخيار اذا راى المصنوع لانه اشترى ما لم ير بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهنا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع ما لم ير وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لان المشتري لما لم ير والصانع بايع قال وللصانع بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع وقبل ان يراه كان له ان يبيعه لعدم تعينه واذا راه ورضي به ليس له ان يبيعه لانه بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه قال ومؤجله سلم اي اذا اجل الاستصناع صار سلما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوها لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها اولى وحمل الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع عقد جايز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحو بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الا ترى انه يفسد اذا لم يضرب له اجل فحملناه عليه ما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشيا فكان حمله على السلم اولى فيما احتمله لكونه اقرب الى الجواز ولهذا احل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجل لكونه اتى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ الا ترى ان الحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا لو باع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتاخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو جاء به وهو من عمل

للمستصنع الخيار اذا راى المصنوع

لا خيار للصانع

ايضا صح

المستصنع اذا اجل صار سلما

غير جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون السلم استصناعا بحذف الاجل لان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح ان يكون اجلا في السلم وقد بيناه من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا فقاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكر على وجه الاستعجال بان قال على ان يفرغ منه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما ثم واية كونه سلما ان يشترط فيه شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا والله اعلم

باب المتفرقات

قال وصح بيع الكلب وعن ابي يوسف انه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه عليه السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قضى في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين بخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يامر بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه السلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباحة ولا فرق في ذلك بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الايمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا للتعليم قال والفهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال او في المال وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون فيحتاجون الى تبقية انفسهم ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فتشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب لتحصيل ما يبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانها اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا وهذا لانا امرنا ان نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا قال ولو قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف صح بالالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن يعني زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا يلزمه وهذا

مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلحق باصل العقد عندنا وعندهما لا يصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بازائه مالا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمقابلتها شيء فكذا تجوز من الاجنبي اذ لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المراة اذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هذا لكن من شرط صحة الزيادة ان توجد المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم يقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لانه ببيعه وهي حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلته شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا يظهر في حق البايع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا اخذ البايع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به وياخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول ابي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كانت بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بامره لانه لما نفذ من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق ولانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا ولو رده بعيب او تقايلا ترد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي ان الشفيع ياخذها بالف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة فكيف يجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر جعله زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا ادى رجع عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل للمسالة ثلاث صور احدها ان يقول بعه بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله سوى الالف والثالثة ان يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلثة وحكمها فافهم وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها او يضيفها الى نفسه وان زاده بامر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري بان يقول زدتك على ثمن العين التي اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامره بل رسولا قال ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده يعني لو اشترى امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر

بمجرد

الزيادة تصح وتلحق باصل العقد

بلغ مقابلة على خط المصنف

بيع الفيل والقرد والهر

يجوز تزويج الآبق لا بيعه

ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا اجاز النكاح فان وطيها كان قبضا لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطاها لا يكون قبضا والقياس ان يكون قبضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطي وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع تلحق بالاجزاء ولهذا يضمن بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع الا ترى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيبت من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية او حقه ومن ضرورته يصير قابضا **قال ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البايع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع لدين البايع والا بيع بدينه** اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على الغايب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرا من ضمانه والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عند القاضي بموجب اقرار فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغايب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغايب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جايز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البايع قبل ايفاء الثمن والاوجه ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشي قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفى ثمنه فان فضل شي من دينه يمسك للمشتري الغايب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شي منه تبعه البايع اذا ظفر به **قال ولو غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه** يعني اذا اشترى رجلان شيا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفا الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البايع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغايب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع على تسليم نصيب الغايب من المبيع الى الحاضر عند ايفا الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على الغايب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشرا وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضا الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان للبايع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن

فدا لو

فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى اداء ما قضا نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغايب ثبت بقبول الحاضر لان من باع شيا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي والاصل ان الشي متى تردد بين شيين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حالة الحضور يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيين فلا يختلف حكمه **قال ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان** لانه اضاف المثقال اليهما على السوا فيجب من كل واحد منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال بعتك بخمسماية مثقال ذهب وخمسماية مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيرها من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع **قال وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضا** يعني اذا كان له على اخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضا فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف كما يراعى حقه من حيث القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفا ولم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضا عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا اتلف ملك عبده الماذون المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرما فلم يكن الايجاب عليه لحقه **قال وان افرخ طير او باض او تكنس ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه** لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزا بكسره وشيه وقال تعالى ليبلونكم الله بشي من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا اذا لم يكن ارضه مهياة لذلك وان كانت مهياة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيدا او حفر بيرا لا للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزا ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزا ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم يكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر **قال ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة**

الحمد لله ذو الفضل

الشروط الفاسدة من باب الربوا

الربو اختص بالمعاوضة المالية

المعلق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات

ما هو من باب الاسقاط الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا مثل الطلاق والعتاق بخلاف ما لا يحلف به كعزل الوكيل وغيره فانه لا يجوز تعليقه

ما هو من باب الاطلاق والولايات والتحريضات يجوز تعليقه بالشرط الملايم

ولا حجر

والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه
عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة
لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان
الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون
فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال
والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط
و اصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه و ما هو من باب
الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق و ما هو من باب الاطلاق والولايات
يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه و امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة فاذا فرغنا هذا اجبنا
الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه
بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا و يبطل البيع به سوا كان الشرط نافعا او ضارا
الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلثة ايام لانه اشتراط
الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل و ان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه
او فيه اثر وجرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط
وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا العادة جرت
به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل و القسمة و الاجارة تمليك
اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة والاجرة و القسمة فيها معنى المبادلة فصارا كالبيع و الرجعة استدامة
الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتدا الملك به و الصلح عن مال بمال معاوضة
مال بمال على ما يذكر في الصلح ان شا الله تعالى فيكون بيعا و الابرا من الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان
فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط و عزل الوكيل و الاعتكاف ليسا مما يحلف
به فلا يجوز تعليقهما بالشرط و المعاملة وهي المساقاة و المزارعة اجارة الا ان من يجيزهما لم يجوز تعليقهما بالشرط
لما ذكرنا و الاقرار و الوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد
بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات ليتبين
انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجي الوقت فانه يجوز ويحمل على انه تعمد ذلك
للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه ان شا الله تعالى و التحكيم لا يصح معلقا
بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا
وهذا عند ابي يوسف و قال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية
فصار كالوكالة والامارة و القضا و لابي يوسف ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما
لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك
والاحتمال قال وما لا يبطل بالشروط الفاسدة القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق
والرهن والايصا والوصية والشركة والمضاربة والقضا والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد

معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها

التمليكات لا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط

العقود التي ليست بمعاوضة مالية لا تؤثر فيها الشروط الفاسدة

بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة
من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط ٥
الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر و كذا ابطل شرط الولاء للمعتق بقوله صلى الله
عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولا لمن اعتق قاله لها حين اراد موالي بريرة ان يكون الولا لهم
بعد ما اعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط الفاسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على
ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط يصح ويبطل الشرط
فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شا من انواع التجارة مع اي شخص شا و اما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان
في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد
مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد
اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشروط الزايد و من هذا القسم اعني من القسم الذي
لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة
ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح
تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه
و نحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكر من الاقسام وتتميما للفايدة في موضعه و انما تركه الشيخ هنا لانه
ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق و بالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء
والامارة على ما بينا و اما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها
والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والايصا والقضا والامارة والطلاق والعتاق والكفالة
والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافة ضرورة و هو معنى
قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجي بيانه في موضعه ان شا الله تعالى
وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه
بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها
ويراعى فيها شرايطها و المضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل
التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق ٥
والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما بينا في الكفالة بخلاف
الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصا بالمال او باقامة شخص مقام نفسه
في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها
اما الايصا الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط و اما الوصية بالمال فلان لفظها ينبي
عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور ان يكون للمال الا مجازا والقضا والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته
وتعليقه بالشرط و اما الثالث وهو ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه و القسمة
والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابرا عن الدين لان هذه الاشيا تمليكات
فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم بالصواب

بلغ مقابلة على خط المصنف

كتاب الصرف قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة

النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا كانت او عينا

سمي التطوع من العبادات صرفا

اذا بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما الفضل قاله الخليل ومنه
سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرايض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا
ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد
قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد قبل
الافتراق **قال فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض**
يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب او الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل
الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب
بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال الذهب
بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف
شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق
مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها
على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعين لكونه من جنس
الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا
ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض
فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط ان يقبضا
قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل
بالاعراض او بما يدل عليه **قال فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس** لان المستحق هو القبض
قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضر الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما بطل لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه
مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس
فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة او الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق
صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب
تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله تعالى لا يصح شرطا للجواز لان الاحكام تنبني على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء **قال**
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في
تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان النقود لا تتعين
في العقود والفسوخ دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينارا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا سلم اليه رب
السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كاليا بكالي لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع
اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد
كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه
الدين لا يجوز لهذا المعنى او نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن
متعينا بالتعيين كالمضروب واما اذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل

اختلفوا في القبض في الصرف هل هو شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة

لا يصح في الصرف شرط الخيار والاجل

زوال المفسد قبل تقرره

القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل **قال ولو باع امة مع طوق قيمة كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو**
ثمن الطوق وان اشتراها بالفين الف نقد والف نسيئة فالالف ثمن الطوق يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة
وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف
نسيئة وبالف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل الف اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق
الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان
قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها او كثرت تحريا للجواز فلا فايدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة
الطوق الا اذا قدر ان الثمن خلاف جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهب او بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان
الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتها وكذا المراد في قوله فالالف ثمن الطوق اي الالف الحال ثمن الطوق وانما كان
كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما
يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية والمقبوض في الحال الى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو
كان الثمن موجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في
حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع
بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في المسالة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين
فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعد **قال وان باع سيفا حليته خمسون بماية ونقد خمسين فهو حصتها**
وان لم يبين او قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين انه حصتها او قال
خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذ من ثمنهما فلان التثنية
قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان
والمراد احدهما وقال عليه السلام اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام
ولهذا لو قال لامراتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا فانتما طالقتان فولدت او حاضت احداهما طلقتا لانه
يراد به احدهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد او حيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما
طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن
السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بان الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية
لان السيف مع الحلية شيء واحد فجعل المنقود معوضا منه لان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا
الطريق **قال ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا** يعني بطل العقد فيهما
لان حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف ان
كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون المضرور فصار كبيع جذع في سقف وان كان يتخلص بدونه جاز لقدرته
على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين
من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق
عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول
في ذلك قوله لانه هو المالك فيكون اعرف بجهته قال الراجي عفو ربه ينبغي ان تكون هذه كالمسالة المتقدمة من انه
ينصرف الى الحلية على ما بينا ومر انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف
خاصة والا فيبطل في الكل لما بينا وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة نظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون
المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف تحكيما لحال

التثنية يراد بها الواحد

هذا

الراجح قول المالك

تصحيحا للبيع وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ولجوز البيع له بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي هي الثمن اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز للربا وان كان لا يجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل منه او مثله او اكثر فحينئذ الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما قبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجي قال وان استحق بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رده لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضر وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا قال ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض قال وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما بان يبيعهما بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمس مائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الاخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا تعارض بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفساد باصله دون وصفه لان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذاته بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له لما صح فكان حمله على المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شايعا طلبا للصحة الا ترى ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو

على صح

تغيير

تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع بالجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين لا يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الاخر يبقى فضلا فلان لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف ومائة اليه او الالف وما يتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة في مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز بصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز ان يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه اقل تغييرا فكان اولى والثالثة اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا من قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعد ما هو مر لاحتمال عدم التقابض وفي الابتداء متحقق فلابد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فايدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت احاده فالقسمة على الاجزاء وان كان يتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا يجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال رحمه الله واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال وتاخذه التجار ولا تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة قال ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون لرجل على اخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جايز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جاير اجماعا لان تعيين احد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان السالم يتعين ازيد من الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل الا ترى انهما لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الدين الذي كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين الا ترى ان المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه اخذ ما في ذمته بدلا ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في راس مال السلم وجه الاستحسان انهما لما

اذا باع بالبد وفي البلد نقود مختلفة

لما انقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف اخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا
ببدل الصرف فيثبت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمس مائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة
ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وقيل
لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن
الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف اخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير
استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين اخر مطلقا
سبق ما كان او متاخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة براس المال يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهي عنه
ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو اخذ عاجل باجل للضرورة فما دام يقبض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا
لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه راس مال السلم بخلاف الصرف قال وغالب الفضة
والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها
الا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين
المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردي والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي
فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث يعتبر الفضة والذهب
اللذان فيه على ما يذكر من الفروق من قريب ان شاء الله تعالى قال وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير
لان العبرة للغالب في الشرع قال فصح بيعها بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا ووزنا لان الغش من كل
واحد منهما مقابل بالفضة والذهب الذي في الاخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل
الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر
بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب
الخالص لا بد ان يكون الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره لمثله والزائد بالغش
على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا
يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة او الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب
ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا
بالاذابة فان الفضة والذهب يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة
والذهب من النصاب في الزكاة ايضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال ايضا فلا يمكن
اعتباره اصلا حتى لو عرف ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس الخالص
حتى لا يكون للفضة او الذهب الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا رحمهم
الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدالي وان كان الغالب فيها الغش لانها اعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان
فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال والتبايع والاستقراض بما يروج عدا او وزنا او بهما لان المعتبر فيما
لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فتعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر
في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعد يعتبر بالعد وان
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال ولا تتعين بالتعيين لكونها اثمانا يعني ما دامت تروج لانها بالاصطلاح
صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا يبطل الثمنية لقيام المقتضي قال وتتعين بالتعيين ان كانت
لا تروج لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل سلعة وانما صارت اثمانا بالاصطلاح

فاذا

فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها
بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود
الرضا بها في الاولى ولعدمها في الثانية قال والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي
الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه وفضته او غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض
كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان
الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها الا ان يشير
اليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم
ويعطيه مثلها لانها ثمن فلا تتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على
وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على
الاخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما او بفضة فقط وفي فتاوى قاضي خان
ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكر
هنا ووجهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال ولو اشترى به او بفلوس
نافقة شيئا وكسد بطل البيع اي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى
جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا
انقطعت عن ايدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئا بالدراهم ثم كسدت او انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع ووجب
على المشتري رد المبيع ان كان قائما والا فمثله ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك
لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس واذا لم يبطل البيع
عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب
فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو اخر ما يتعامل الناس بها
لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان ينقطع فاذا انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فيعتبر
قيمته يومئذ ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن
فيبطل ولا يقال ان العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لانا نقول تناولها بصفة الثمنية
وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل
وفي النحاس وامثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى اصله على وجه يغلب على الظن انه
لا يعود لان الشيء اذا رجع الى اصله قل ما يزول وحد الكساد ان تترك المعاملة بها في جميع البلاد وان كان يروج
في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم تروج في بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع
ان لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت قال وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين
لانها اموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين
لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان قدر
الواجب ووصفه كما في الدراهم ويجوز ان يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بابطاله بان يقولا
اردنا به تعلق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير
تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة

زيوفا كذا في الهداية

نوط الهداية او بدل شيئا بسلعة

حد الكساد والانقطاع

الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا بناء على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به واصل الخلاف ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما **قال وبالكاسدة لا حتى يعينها** اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها **قال ولو كسدت افلس القرض يجب رد مثلها** وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف يعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج ولابي حنيفة رحمه الله ان القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل يعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز ٥ والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة ٥ وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سوا في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين ٥ بالانقطاع **قال ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح** وعليه فلوس يباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم فضة او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة عين ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة عين اولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد واما الثاني فلان الفلوس تقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا ٥ لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل او يكون اشترى بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا يتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا يتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس قلنا ان منع **قال ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة صح** لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس ونصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني ٥ بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا في هذه المسألة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الا حبة بطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين

تنبيه مجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء او لا قوبل بجنسه او بغيره جنسه ونوع

مبيع

مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكان في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم ولا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينها فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينها فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات يجب تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون كالئا بكالئ والله اعلم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه **قال** رحمه الله **وهي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة** هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ٥ الا ترى ان الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه البايع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده الماذون او بيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على احدهما غير عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او بتيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وان يكون المكفول به ممكن ٥ الاستيفاء واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة ٥

بالاعيان وهي نوعان كفالة بالاعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هي امانة غير واجب التسليم كالودايع والمضاربات والشركة
ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية
والمستاجر او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها مذكور في المتن
قال وتصح بالنفس وان تعددت اي وان تعددت الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا
تعددت النفوس المكفول بها ايضا كما يجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الكفالة بالنفس
لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير امره لانه لا ينقاد له ولا يلتزم طاعته
وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا تثبت له ولاية في ماله ليودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كما لو
باع طيرا في الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الامر فله ولاية على مال نفسه فيودي
من ماله ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس او بالمال فتقتضي شرعيتها ولا يقال
الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناولها الحديث لانا نقول الغرم عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان
غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احيا حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان يعلمه مكانه
فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا دعاه او يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك
ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزم
ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فيصح
كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا
الى الله ورسوله الاية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت
ام كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة
والتكفل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة الا ترى انه
اذا التزم الحجة بالتدريج ويلزمه وان لم يتات منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن
فيصح واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد ولا لتزام الاول لا يمنع ٥
الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي قال بكفلت بنفسه وبما عبر به عن البدن وبجزء شايع
اي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به من اعضايه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته ٥
وعنقه وجسده وبدنه بان قال تكفلت براسه او بوجهه الى اخره او تكفل بجزء شايع منه بان قال تكفلت
بثلثه او ربعه كان ذلك جايزا لان هذه الاشيا يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال
وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لانه تصرح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح
بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال وبعلي يعني يصح بقوله علي لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى
ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال عليه السلام من
ترك كلا او عيالا فالي قال وانا زعيم به لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به
زعيم اي كفيل قال وقبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة
كالكفيل قال لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك لمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير
ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة ووجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته
عليه او قال انا عرفك عليه قال وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط

عبارة ح

الكفيل اخذ الكفيل بالنفس

الصدر سعيد التصريح بموجبه

في الكفالة

في الكفالة فيجب عليه الوفا به ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول
الاجل قال فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفا ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال
انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزا الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد
الفقير الى الله تعالى ينبغي ان يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل ٥
بحبسه وامر بدفع ما عليه لان الحبس جزا المماطلة فلا يظهر باول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب
لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا
لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول
بينه وبين اشتغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او البينة قال وان غاب امهله مدة ذهابه
وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد ٥
والحبس للمماطلة قال فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر
مطله والحبس جزاؤه قال وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه
فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان
كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويومر الكفيل
بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه
متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي
الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب
بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة
وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيوجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب
صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرا الكفيل كالوممات حقيقة لانا نقول هذا ليس بموت لكونه
حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم
النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا
لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه
الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يواخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يومر بالذهاب
اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه قال فان سلمه حيث يقدر المكفول
له ان يخاصمه كمصر برئ لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك
فلا حاجة الى ابقا الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سوا كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا
فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل
يجبر الطالب لان الاجل حق المديون فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع
فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه تاخذه ان شئت ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه
برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب فلا يبرا حتى يقول
سلمته اليك بجهة الكفالة قال ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه
على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرا
وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية او في سواد لا يبرا لانه لا يقدر

فيه

التفصيل في الحبس بالدين

يوجل الكفيل بالنفس مدة قطع المسافة

للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل اخر اذا امر بالذهاب الى موضع المكفول بنفسه

الدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب

الفتوى على قول زفر

علي مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرا متى عن التسليم لما ذكرنا وان سلمه في
مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه بري عند ابي حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه علي وجه يتمكن من احضاره
مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرا لانه لم يسلمه علي الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو
مفيد لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرا الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك
فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك المصر وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومان فبقي التسليم
سالما عن المعارض فيبرا وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت
الغلبة لاهل الصلاح والقضاة كانوا يتعاونون علي البر ولا يميلون الي الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر اخر وهما
قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت احوال القضاة والعمال حتى لا تعلم الحق الا بالرشوة فيكون علي هذا التقدير
مصر اسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره
مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد في المحبوس قال **ويبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب** يعني الكفالة
تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له لان المطلوب بموته برا هو بنفسه وبراته
توجب براة الكفيل لانه اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل
لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو
احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم يرجع الورثة
علي المكفول له ان كانت الكفالة بامره والا فلا شي لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه
وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذهم قايمون مقامه في استيفايه **قال ويبرى بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته
اليك فانا بري** لان موجب التسليم البراة فتثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص
عليه ولا بد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرا لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة او استعانة او
اجارة الا اذا كان طالبه فحينئذ لا يحتاج فيه الي ان ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض
لا يحتاج فيه الي النص لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفا حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الي الطالب فابي ان يقبله
يجبر علي القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب برد العين المغصوبة او
قيمتها وكالمديون اذا قضي الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير امر الكفيل حيث لا يجبر علي القبول لانه اجنبي فصار نظير
قضا الدين من الاجنبي **قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله** يعني بتسليم
هو لا يبرا الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا
معني لبقا الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براته ان يقول
كل واحد من هولا سلمنا اليك بحكم الكفالة علي ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه
من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل علي انه لا يبرا اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله
ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوي قاضي خان ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره
وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب بري الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرا الكفيل
ذكره قاضي خان في فتاواه **قال فان قال ان لم اواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات المطلوب
ضمن المال** لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس
لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفي بوجودها الا ترى انه لو كفل بهما جملة في وقت واحد صحت ولو
تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي

التوثق

التوثق بكفالة نفس اخرى او بمال اخر **وقال** الشافعي الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله
من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط علي خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جايز كالبيع ونحوه
وهذا هو القياس **ولنا** ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره وباب الكفالة
اوسع لكونه من التبرعات لان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع علي الاصيل اذا كان بامره
وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتدا فلشبهه بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار
النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق
بالموافاة متعارف **و**لا نسلم انه تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح علي ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم
الموافاة ولم يواف به مع قدرته او لعجزه بموته او بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة
لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به بري
الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعدما بري الا ترى ان الطالب اذا ابراه عن
الكفالة بالنفس فلم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا **قلنا** الابرا وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة
بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما بري لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق
عليه تسليم نفع ذريعة الي الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرا عن التسليم ولا ضرورة
الي انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر قاضي خان في فتاواه
ان وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الي الطالب بري وان لم يدفعه حتى مضي الوقت كان المال علي الوارث يعني
من تركة الميت **و**لو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به الي وارث الطالب في الوقت بري وان لم يدفعه لزمه
المال وهذا ظاهر **قال ومن ادعي علي اخر مائة دينار فقال له رجل ان لم اواف به غدا فعليه المائة فلم يواف
به غدا فعليه المائة** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا ولا فرق بين ان بين المائة او لم يبينها بان تعلق
رجل علي رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل اخر دعه فانا كفيل بنفسه فان
لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعي المدعي واثبتها لزم الكفيل **وقال** محمد ان لم يبينها ثم ادعي وبينها لا يلزمه
وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بالخطر حيث
لم ينسبه الي ما عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها
المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب البطلان **و**الثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم تصح
دعواه فلم يجب احضاره الي مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة
بالمال ايضا لانها مبنية علي الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة
اذا بين المال عند الدعوى **ولهما** ان هذه كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر
معرفا فينصرف الي ما علي المدعي عليه لان العادة جرت بالارسال **و**المراد ما عليه **و**اما اذا لم يبين فلان العادة
جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس القضا فيجملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم
وصونا لكلامهم الي وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة علي احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه
الي ابتدا الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها **و**لانه
لو جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه **و**لو كفل رجل بنفس رجل علي انه ان لم يواف به
يوم كذا فعليه ما للطالب علي فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد **و**في القياس لا يجوز وهو قول
ابي يوسف ذكره قاضي خان **و**في المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف **قال ولا يجبر**

الكفالة تشبه البيع انتهاء وتشبه النذر ابتداء

القياس يترك بالتعامل

موت الكفيل

موت الطالب

حال الكفيل بالمال اذا مات

لو سلم الكفيل المكفول الى الطالب فابى يجبر على القبول

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه السلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على اعطا الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف ساير الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى احد فيها فلا تجوز الكفالة بها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يامر بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا اراد دخول دار استاذنه فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر قال ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه السلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بالفٍ وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي اي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه باجماع الامة وهي مبنية على التوسع فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه ان يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا يجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه قال وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقا الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرا المحيل فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ قال ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند القضا به فلا يمكنه التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفا قال ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع او لامكان الاستيفا كان قدم زيد وهو مكفول

الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية

القول قول المنكر

عنه او لتعذره كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملايمة لا بمطلق الشرط والملايمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفا كقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين او بكونه سببا لتعذر الاستيفا منه كقوله ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فمن جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهو المجي بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا يقال الكفيل الحمل من يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجر لانا نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وانا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الاية تدل على ان الكفالة للمجهول جايز وانتم لا تقولون به فلم يبق لكم حجة لانا نقول جاز ان ينسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا بها من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جايز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له او المكفول عنه يمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بما لك على احد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال ولا يصح نحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر في الهداية والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملايم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرناه ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملايم ويجوز تاجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتاجيل الى العطا وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال فان كفل بماله عليه فبرهن على الف لزمه يعني اذا تكفل رجل بما له على فلان فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شي لان الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة قال والقول للكفيل فيما اقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشي والمسالة بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه شي لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما سيجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما ياتي باي طريق كان وفي مسالة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا اخبر الطالب او المطلوب ما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم تقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا اقر بدين يرد اقراره في حق غرما الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شي من غرما الصحة كان للمقر له قال فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه اما اذا ادى خلافه بان كان

الدين المكفول به جيداً فادي رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادي لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حياته وهي جايزة للكفيل وان كانت
لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينتقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة او بجعل كرتين للضرورة
او نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه ان يسامح الاصيل بخلاف المامور بقضا الدين حيث يرجع بما ادي
ان ادي اردي من الدين وان ادي اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شي في ذمته وانما ثبت له حق
الرجوع بالادا بامره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما ادي ما لم يخالف امره بالزيادة او باداء جنس
اخر وبخلاف ما اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما ادي لان الصلح على الاقل ابرا فيكون
ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان يهبه الباقي ففعل فح يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالادا
وبعضه بالهبة واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه من المامور
واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره
لا امر الامر بخلاف الصبي والعبد الماذون لهما لان امرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد
لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه عنه وفيه خلاف مالك قال
ولا يطالب الاصيل بالمال قبل ان يودي عنه لانه التزام المطالبة وانما يتملك الدين بالادا فلا يرجع قبل التملك بخلاف
الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البايع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق
لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن
الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان ذلك للبايع اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن قبل ان يودي
كما كان للمشتري ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البايع قال فان لوزم لازمه
اي لو لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله
في هذه العهدة والحبس من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك ان تخليصه واجب عليه قال وبري باداء
الاصيل اي بري الكفيل باداء الاصيل لان الاصيل بري بالادا وبراته توجب براة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح
وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة بدون الدين قال ولو ابرا الاصيل او اخر عنه بري الكفيل
وتاخر عنه اي لو ابرا الطالب الاصيل او اجل دينه بري الكفيل وتاجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا
المطالبة وهي تبع للدين فيسقط بسقوطه ويتاخر بتاخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براة الاصيل ابتدا حيث يبرا
الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ اذا اريد به المجاز سقطت الحقيقة
فصار الكفيل محالا عليه وبراة المحيل لا توجب براته على انه لا يبرا المحيل عن الدين فيها في رواية والاحكام تشهد به
اي في الحوالة
الا ترى انه اذا توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرما في المال المحتال به كانه مات وعليه دين وله
ولغيره حقيقة ان الدين لم يسقط فيها بالاتفاق وانما يحول من ذمة الى ذمة اما الدين او المطالبة على اختلاف الروايتين
وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا اصلا قال ولا ينعكس اي براة الكفيل لا توجب براة
الاصيل ولا تاخيره عنه يوجب التاخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة او تاخيره
لا يوجب سقوط الدين ولا تاخيره الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتدا فكذا ابقا بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال موجلا
الى شهر مثلا حيث يتاجل عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين قال
ولو صالح احدهما رب المال عن الف على نصفه بريا اي صالح الاصيل او الكفيل الطالب على خمس ماية عن الالف التي عليه
بري الكفيل والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح بري هو وبراته توجب براة الكفيل على ما بينا واما اذا

الصلح على الاقل ابراء

الوكيل من الموكل ينزل منزلة البايع من المشتري

للوكيل ولاية حبس المبيع على الموكل الى ان يقبض الثمن

صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه
المطالبة على ما بينا فيبرا الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف فبراته توجب براة الكفيل على ما بينا
فاذا برءا عن خمس ماية بصلح احدهما ايهما كان فان ادي الكفيل الخمس ماية الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره
والا فلا يرجع لما عرف ثم في هذه المسلة اربعة اوجه اما ان يذكر في الصلح براتهما فيبرءان جميعا او براة الاصيل
فكذلك الحكم او لم يشترط شي فكذلك ايضا او شرط ان يبرا الكفيل لا غير فيبرا هو وحده عن خمس ماية والالف على
حاله على الاصيل قال وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع على المطلوب اي الكفيل يرجع على
المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراة التي ابتداوها من الكفيل وانتهاوها الى الطالب
لا تكون الا بالايفا فصار كانه قال دفعت الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد
منهما لاقراره بالاستيفا من الكفيل قال وفي برئت او ابراتك لا اي في قوله للكفيل برئت او ابراتك لا يرجع
الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفا منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي يحتمل انه بري بابرايه ويحتمل انه
بري بالادا فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراة بالقبض لانه
اقر ببراة ابتداوها من المطلوب لانه نسب البراة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرا الا بالادا بان يضع المال
بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرا بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال بري الكفيل من المال
يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذلك هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد بينهما ان الصك لا يكتب عادة
الا اذا كانت البراة بالايفا وان كانت بالابرا لا يكتب وقوله ابراتك ابتدا اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا ترى انه كيف نسب
الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابرا فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادي او وهبه الطالب الى ما مر
وبخلاف الوكيل بالشرا اذا ابراه البايع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب
غايبا وان كان حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل انه اوفاه او ابراه لزوال الاحتمال ويثبت حكمه قال وبطل تعليق
البراة من الكفالة بالشرط لان في الابرا معنى التمليك كالابرا عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين
على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه
والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا
محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابرا الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التاخير عن الكفيل
حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابرا عن الدين لان فيه
معنى التمليك قال والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه الاشيا باطلة اما الكفالة
باستيفا الحد او القصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون يجري النيابة في ايفايه ولا يجري النيابة في العقوبات لان
المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفايدة واما الكفالة بالمبيع
والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه
حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه
شي بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على
الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودايع
والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال وصح لو ثمنا ومغصوبا
ومقبوضا على سوم الشرا او مبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الى اخره لان الثمن دين صحيح مضمون على

الصك لا يكتب عادة الا اذا كان البراءة بالايفاء

المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشرا والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده
يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن
وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين سوا كانت مضمونة او امانة لان تسليم العين
واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس لانه ما دام قايما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرا
كالكفالة بالنفس وثم ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب
كالوديعة والاجارة لا يجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال
وحمل دابة معينة مستاجرة وخدمة عبد استوجر للخدمة يعني لا يجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة
معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا
لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجر لانه اتى بغير
المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة
بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بان يحمله على دابة نفسه
ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال ولا بلا قبول الطالب في مجلس العقد
يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال ابو يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال
سوا وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز جاز ذكر قوله
في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير
ان يجب بمقابلته على غيره شي فتصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب
فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود وعبارة الواحد
عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم
الاذن وانما تاثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك
في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره لا يتوقف على ما ورا المجلس كساير العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام
وانشا سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته قايما مقام
عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغا ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الاصيل الى
من يرى برائته من القضاة بالكفالة لان العلما مختلفون فيها فيعود ضررا عليه فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار
لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شي واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذ لم يتضمن اضرارا باحد قال الا ان
تكفل وارث المريض عنه يعني لا يجوز الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسلة واحدة وهي ان
يقول المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمايي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرما فانه جايز
استحسانا وان كان القياس ياباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان
ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماه لان الجهالة لا تمنع صحة
الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا
لذمته بقضا الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرما والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا
ينفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على الورثة بقضا ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام
الطالب او نايبه كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى
القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح

والاجارة

وفي

وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون
الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سوا وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا
قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه
لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيوخذ فيه بالقياس قال وعن ميت مفلس
يعني لا يجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لما
روي انه عليه السلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع
من الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك
علي رضي الله عنه فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفا
او الابرا او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شي من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حكم الاخرة ولو تبرع
به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به كفيل او ترك مالا وله
انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين اي اداوه كما يقال وجبت عليه
الصلاة ويراد به الادا والادا لا يتصور من الميت فسقط سوا كان له مال او لم يكن له مال في حق احكام الدنيا
وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة في
حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى
المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يوول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الادا بنفسه وبخلفه من المال
والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفا فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرية في حق الاخرة ولانه
الدين باق في حق الطالب لانه امر بينهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رويا
كان اقرارا منه بانه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة لما قلنا انه حكاية حال
فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبري الكفيل لان برائته توجب براة الكفيل فلما لم يبرا علم ان عليه
دينا فيجوز ابتدا الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرا او نقول الدين في حق الطالب لا يسقط
لان سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب قال وبالثمن للموكل ولرب المال به اي لا تجوز الكفالة بالثمن
للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شي فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن
مضارب لرب المال عن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع
ولهذا لا يبطل بموت الموكل او بموت رب المال وبعزله ولو وكله الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله
لان الثمن وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل
رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فيرجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه
ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه
شي حنث فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل
ببيع الغنايم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر
حتى لو نهاهم الامر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم
الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في اخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده
حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل منافيا في الصلاة قال وللشريك اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع
رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير

نوكل الوكيل والمضارب الموكل ورب المال

في الخبر عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه

العهدة اسم مشترك يقع على معان

امتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع

قسمة الدين قبل القبض لا تجوز

ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يوديه المشتري او الكفيل من الثمن الا وللشريك فيه نصيب ولانه يودي الي قسمة الدين قبل القبض ولانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل شي يوديه الي شريكه مشتركا بينهما فيرجع المودي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الي ان لا يبقى في يده شي فيودي الي عود ابتدا ابطاله انتهاء بخلاف ما اذا باعاه صفقتين بان سمي كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للبائع قد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالادا في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالادا وعند الادا يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به قال وبالعهدة اي لا يجوز الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الي المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وتطلق على العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط وفي الخبر عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فانه ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان يصرف الي ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال والخلاص اي لا يجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفا به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز قال ومال الكتابة اي لا يجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يوفي فلا يفيد ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفايدة واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل ادا ما هو ملك المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق يبرا عن بدل الكتابة لان عليه ادا مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه فيبرا

فصل قال رحمه الله ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب لا يسترده منه اي لو قضي المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل للمكفول له ليس للمكفول عنه ان يسترده منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضايه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الي الساعي وكمن اشترى شيا بشرط الخيار ونقد الثمن له قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قايما لا يسترد ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضا واخذ الكفيل على وجه الاقتضا بان قال له وقت الدفع اني لا امن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الي

الطالب

يقدر

ظلم

بلغ مقابلة على خط المصنف

قال في فتاوى قاضيخان اصل المسئلة ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة او المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لابي يوسف كذا في غاية البيان

واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب كذا في الغاية

مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي فانه اذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فالظاهر ان المتحصل انه على ان عن ابي يوسف روايتان ح حواشي سعدي آفندي على الغاية

الطالب حيث لا يصير المودي ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمودي حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرا الكفيل الاصيل من هذا الدين او وهبه له قبل ان يدفع الي الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فيثبت بهذا ان للكفيل دينا على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين الموجل فانه بالاستعجال يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال وما ربح الكفيل له اي اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سوا قضي الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا انه تاخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين الموجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا ان فيه نوع خبث اذا قضي الاصيل الدين عند ابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان قضي الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضا وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف يطيب لعدم التعين واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة قال وندب رده على المطلوب لو شيا يتعين يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيا يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضي الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضي دينه الموجل وربح فيه وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر الا ترى ان المكفول عنه بسبيل من قضا دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق في رواية على الفقرا وفي رواية يرده على الاصيل لان الكراهة لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضا لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقية كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف وقد بيناه من قبل قال ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرى للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل بيبع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البايع منك وخسرته انت فعلي وصورته ان ياتي هو الي تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسية ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصل الي العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الي اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شي من ذلك لانه اما ضامن لما يخسر كما قال بعضهم نظرا الي قوله علي لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل بالشرا كما قاله البعض نظرا الي الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اي نسية من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شرا ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الي العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي

بيع العينة مخترع اكلة الربا

المراد باذناب البقر الاشتغال بالزراعة

على الكفيل ان له على المطلوب الغائب يقبل لانه كفل مالا سيجب في المستقبل بالقضا او باي سبب كان وذلك
لم يوجد لان القضا على الغايب لا يجوز فلم يوجب شيا ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب
على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضا ه
وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل
تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة واقام
البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه مالا دخل في الكفالة ولزمهما المال **قال ولو برهن ان له على زيد كذا
وان هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر قضي على الكفيل فقط** اي لو احضر شخصا عند القاضي فاقام ه
البينة ان له على زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص كفيل عنه بامره قبلت البينة وقضي على الاصيل والكفيل
جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضي على الكفيل فقط ولا يقضي على الغايب لان المدعي هنا مال مطلق
فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما تختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتدا
معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتدا وانتهاء فالقضا باحدهما لا يكون قضا بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو
يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل
فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في
زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البايع ه
بالثمن اذا استحق المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضي على الغايب اذا كانت الكفالة
بامره والقضا على الغايب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغايب يجوز القضا على
الغايب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشرا والاعتاق كان الحاضر
خصما عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق نفذ على الغايب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه **قال
وكفالته بالدرك تسليم** معناه اذا باع رجل دارا مثلا وتكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند
استحقاق المبيع فكفالته تسليم للبيع واقرار منه انه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها الشفعة
او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة في المجلس
فاذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل
سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها
المشتري الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه
بعد ذلك **قال وشهادته وختمه لا** اي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعد تقبل دعواه
لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب
الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى اذا راي فيه مصلحة اجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف
ضمان الدرك لان مقصوده الابرام على ما بينا حتى لو شهد هنا ايضا عند الحاكم بالبيع وقضي بشهادته او لم يقض
يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات
لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو ملكه او باع بيعا باتا نافذا او كتب في الشهادة كذلك
من غير ان يقال فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فيكون بدعواه بعد مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه
لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر بان فلانا باع شيا كان له ان يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا
باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمايهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين ان

قضاء على الغايب

الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات

لو اخبر بان فلانا باع … كان له ان يدعيه

يكون

يكون الصك مختوما او غير مختوم **قال ومن ضمن عن اخر خراجه او رهن به او ضمن نوايبه وقسمته صح**
اما الخراج فلانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كساير الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن
الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب
فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ منه شي والكفالة باعيان غير مضمونة لا
تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة
بها كساير العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة
في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن
في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوايب
فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال
الموظف لتجهيز الجيش وفدا الاسرى وقال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا ياخذها
الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان
مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البزدوي لان
الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم
وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل ساير الديون بل فوقها والعبرة في باب
الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط
يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضي نايبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضي
دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد من النوايب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم
ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النوايب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوايب ما ليس
براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شي وقد بينا ما هو جايز بالاجماع وما هو مختلف
فيه وقال ابو بكر بن ابي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل
هي ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها
اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة نعم وكذا في
النفي **قال ومن قال لاخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال هي حالة فالقول للضامن** يعني انه اذا اقر
انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر لانه
اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا
اقر بالدين الموجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر بالدين
ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كان
الدين موجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول
للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر له فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين موجل وحال وفي الاوصاف
القول للمقر وقال ابو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابرهيم بن يوسف لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاخيرا فلا يصدق
الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار
لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بخلاف الاجل
لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة على ما بيناه وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في

الكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز

من قام بتوزيع النوايب على المسلمين بالقسط يوجر

الحقيقة وان كان وصفا له لفظا الا ترى ان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقا له لما اختلف مستحقهما
كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين موجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمواخذة في الحال
ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال ام موجل فان قال موجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال
فيحلف وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين موجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا
لم يرد به اتوا احقه قال ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى
له بالثمن على البايع لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج من ملكه
ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البايع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق
البيع قبل الفسخ جاز ولو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق
مملوك الا يرى انه لو كان ثمنا عبدا فاعتقه البايع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان
فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بايعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن فيلزم الكفيل ضرورة بخلاف القضاء
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق
لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا يعمل
اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بماله وعن ابي يوسف انه ان اخذ
العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول باب
كفالة الرجلين والعبدين قال دين عليهما وكل كفل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف
رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما
لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل
فما يوديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول
دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشرا اقوى من سبب الثاني
وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا
يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى
ثوبا وفضة بفضة فقبضهما وقبض الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض
ثمن الصرف لان الصرف اقوى واكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين
فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المودى
عنه لان المودى نايبه واداء نايبه كادايه فيودي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد ما عليه بطريق الاصالة
ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه موجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه
في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا موجلا ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول
الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الكفيل يجعل عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب
قال وان كفل اعن رجل وكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا
كان على رجل دين الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين
عن صاحبه بالتزم بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه على
صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شا وان شا رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض

الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم

على البعض اذ الكل كفالة فيكون المودى شايعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يودي الى الدور لان قضيته
الاستوا وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستوا بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه
العقد اذ الاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل
من الابتدا فلا يفضي الرجوع فيودي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه
والاخر بنايبه وان شا المودى رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن
الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم
تكفل كل منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا
لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون
كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل واحد منهما عن صاحبه ٥
بالنصف قال وان ابرا الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابرا الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال ٥
كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله فياخذ به قال ولو افترق المفاوضان اخذ الغريم ايا شا بكل الدين
لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة قال ولا يرجع حتى يودي اكثر من النصف لما بينا من
الوجهين في كفالة الرجلين قال وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وادى احدهما رجع
بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما
بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان
يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى
وفي حق نفسه وعتق الاخر معلق باداية فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة
فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في
الحقيقة تقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه اصالة جايزة
فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية
فتتقدر بقدرها حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى
احدهما شيا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوايهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق
المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه
فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل
واحد منهما تلزمه حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة
واحدة على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر
جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته
ولهذا ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشي بخلاف ما اذا
شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط
المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادايهما جميع المال نصا فلو عتق
احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا
فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط قال ولو حرر احدهما

الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية

اخذ ايّهما شاء بحصّة من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام
المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال في
الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغني
عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا وياخذ بحصة
الذي لم يعتق ايهما شا فان شا اخذ المعتق بالكفالة وان شا اخذ صاحبه بالاصالة قال فان اخذ ٥
المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل
عنه بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا
في حالة البقا لانه لم يكن في الابتدا كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة
فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الادا عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه
فلا يمكن تقدير الاصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الادا عن صاحبه وبعد العتق
لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فبقي كفيلا قال ومن ضمن عن عبد مالا
لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او ٥
الاستقراض او بالوطي عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يواخذ
بها في الحال وانما يواخذ بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال
حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق
برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غايب او مفلس بخلاف ما اذا كفل
بدين موجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين الموجل في
الحال ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان الكفيل بالادا ملك الدين وقام مقام الطالب فلا
يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يوخذ به بعد عتقه احتراز عما يواخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا
او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة قال ولو ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد
برئ الكفيل والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو ٥
وبراته توجب براة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاولى
تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة
بنفسها جاير على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت المدعي
بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت
الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه قال
ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر ومعنى
الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين الا يرى ان له ان يجعله بالدين ولو افترق
عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شي من ذلك لانه يتضمن ابطال حق
الغرما واما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا ادى
عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة

للرجوع

للرجوع لان احدهما لا يستحق على الاخر دينا فلا ينقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره
فبلغه فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فايدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء
الدين من ساير امواله وفايدة العبد عن مولاه تعلقه برقبته والله اعلم كتاب الحوالة
وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله هي نقل الدين من ذمة الى ذمة
هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا قال وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال
والمحال عليه وهذا من شرايطها ومن شرايطها القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة
باجماع الامة وقال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على تسليمه
فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان
الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما
العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه ٥
الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفا فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس
فلا يلزم بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال وتختلف عليه الطالب والناس متفاوتون فيه فمنهم من يعنف
فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط
رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه قال وبرئ المحيل
بالقبول من الدين وهكذا حكمها وقال زفر لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا بتوثق في
سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن ابي ليلى ~~ابي ليلى~~ يبرا في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية
تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل
من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فتقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براة ذمة
الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى من المحيل واحسن من المحيل في القضا ولا يقال لو برئ
لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع
لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوي فلم يكن اجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراة فقال
ابو يوسف يبرا وقال محمد يبرا عن المطالبة فقط ولا يبرا عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابراه
المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين على انسان
كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو اجل الدين كذا ٥
ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات ان البايع اذا احال غريما له على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان
مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة بالدين
وان احال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه قايم مقام المحيل
وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نايب المحيل
فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكر فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما ثبت الحوالة وان
كان المحال عليه نايبا عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يودي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة
المكاتب والفرق ان حرية المكاتب معلقة ببراة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال
المولى عليه لا يبرا واما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع اعلم ان احالة المكاتب
مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقيدها بها لان المحتال يكون نايبا عن المكاتب في القبض فيجوز

كفالة

بلغ مقابلة على خط المصنف

الحوالة تصح بدون رضا المحيل

يصح الكفالة بدون رضا المكفول عنه

عن الضم والمطالبة

البايع اذا احال غريمه على المشتري بطل حقه في حبس المبيع

احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين

اقرار الاصيل ليس بحجة على الكفيل

المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا

وان لم يكن له واحد منهما او كان له ولم يتقيد به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب لا تصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل الغير عن مولاه على ما مر من قبل **قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى** وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الاخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الاخر وكالمولى اذا اعتق عبد المديون فان الغرما مخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الاخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم لان المقصود من شرعه الوصول الى حقه بالاستيفا من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمة لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف بالايفا فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما يثبت للمالك الخيار ابتدا لملك المغصوب من ايهما شا فيما خذ منه عوضه من غير ان يحيله عليه احد فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الاخر الا ترى ان حقه ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينقله الى الاخر فافترقا **قال وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا** ~~بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا~~ بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه وتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وانكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفا لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له مورثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه بامر او بغير امر وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامر او بغير امر لان الكفيل خلف عنه **قال فان طالب المحتال عليه المحيل بما احاله فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين** اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضا دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكر المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيد توكيل بالادا والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له **قال**

وان

وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى ان الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا لنفسه لا يسعه ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل **قال ولو احال بما له عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ** اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان يقيدها بدين له عليه او بعين في يده وديعة او غصب او نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشي مما عنده من وديعة او غصب او دين او يحيله على رجل ليس له عليه شي مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جايزة عند الانفراد وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفا وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين او الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة ان لا ينقطع حق المحيل من الدين او العين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد ادايه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل الادا ولكن له ان يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما احاله به من دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من العين والدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الادا الا منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرأ المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحتال لهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولو كان ملكه ثابتا فتعلق حق المحتال سابق فصار كالمرتهن يختص به الراهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا ان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفا فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقا دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه ايضا يد الاستيفا لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان ياخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما في ذمته او ليوفي من ذلك المال فلو اخذه يفوت الرضا فيبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفا ولهذا

الحوالة مطلقة ومقيدة

حكم المقيدة

لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه
فلا يزاحم غرما المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا
اخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح
ذلك بمسألة الوديعة والغصب ونحوها بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة بري من دين المحتال وصار المحتال
من غرما المحال عليه ولم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرما المحيل واذا قسم الدين بين غرما المحيل لا يرجع المحتال على المحيل
بحصة الغرما لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي
من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد قال وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض
امن خطر الطريق وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريب سفتة
وسفتة شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا
وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به والله اعلم كتاب القضا
والقضا في اللغة الاتقان قال قايلهم وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع اي احكم
صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التورية
فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواهم والحاكم نايب الله تعالى
في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن
المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد قال
رحمه الله اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم
والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن يصلح شاهدا يصلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر قال
والفاسق اهل للقضا كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان القاضي عدلا ففسق لا ينعزل
ويستحق العزل واذا اخذ القضا بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاوه فيما ارتشى
وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتدا لا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته
فلم يكن راضيا دونها كالعبد الماذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علماينا الثلثة
في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي
الجاهل القضا صح وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا مامونا لقوله عليه السلام القضاة ثلثة قاضيان
في النار وقاض في الجنة الحديث فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور والثالث
العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضا بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق
غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث
فانه عليه السلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا لان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا حكم من تغلب
من الامرا وجار وتقلدوا منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال والفاسق
يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الاول انه يجتهد حذار النسبة
الى الخطا قال ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه
وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف
لان المقصود من القضا دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقها واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم
الامور للمسلمين واقوى واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من الناس

بلغ مقابلة على خط المصنف رحمه الله تعالى

والاحكام

عدلا

العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد

كان اولي

كان اولي وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولي لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته
من هو اولي منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال والاجتهاد شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم
بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما يتعلق به الاحكام
منها ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط
معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون باراءهم وقال بعضهم يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية
على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب
المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني
الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا ان
يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام ينبني عليها قال والمفتي ينبغي ان يكون هكذا
يعني في العلم والامانة لانها اقدر على المقصود وابعد من الغلط واكثر اهتماما في دينه عند تجدد الحوادث
فيكون كلامه اوثق فيعتمد عليه قال وكره التقلد لمن خاف الحيف اي الظلم كي لا يكون ذريعة الى مباشرة
الظلم قال وان امن لا اي ان امن من الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماهم
تقلدوه وكفى بهم قدوة قال ولا يسال القضا لقوله صلى الله وسلم من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان طالبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض
المشايخ ان يدخل في القضا مختارا لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضا فكانما ذبح بغير سكين ولان القضا بالحق لا
يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرايل من ترغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له
النبوة فاذا اشتغل بالقضا ايسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضا بان لم يكن احد
غيره يصلح للقضا وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال ويجوز تقلد القضا
من السلطان العادل والجاير ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معوية في نوبة علي وكان
الحق بيد علي وقد قال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا وعلما السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه
من القضا بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال فان تقلد يسئل ديوان قاض قبله وهو الخرايط
التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الاوصيا والقيما في الاوقاف وتقدير النفقات
المفروضات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا وهذا لان القاضي
يكتب نسختين احداهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يومن عليه التغيير
بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت
في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كان من مال الخصوم
او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تدينا
لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنايه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا ديوان المعزول
بحضرته او بحضرة امينه ويسلان المعزول شيا فشيا فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة وما كان
من نصب الاوصيا في اموال اليتامي يجمعانه في خريطة اخرى وما كان من تقدير النفقات يجمعانه في خريطة اخرى
وما كان من نسخ قيم الاوقاف يجمعانه في خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف
المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة
وبالجمع يسهل وانما يسلان المعزول وان لم يكن قوله حجة لينكشف معهما ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه

يومئذ

يحترز عن التغيير قال ونظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد ينظر في حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين قال فمن اقر بحق او قامت عليه البينة الزمه لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا يعجل بتخليته قال ولا نادى عليه اي ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فعلى رأي القاضي ان يطلقه فان حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا واطلقه والفرق لابي حنيفة بين هذه المسألة وبين قسمة التركة حيث لا يوخذ من الورثة كفيلا اذا ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسألة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال وعمل في الودايع وغلات الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال ولم يعمل بقول المعزول الا ان يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودايع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه يثبت باقراره ان يد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره والمسألة على اربعة اوجه اما ان يقر بانه سلمه اليه بعدما اقر به لغيره او ينكر التسليم وحكمها ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال ويقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحايض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى واقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه السلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفا الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بيناه من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ولانه ابعد من الاشتباه على الغربا وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده والحايض تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان في وسط البلد وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط البلد قال او داره لان الحكم عبادة لا يختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس به اذا كان منزله في وسط البلد والا فليقعد في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في اي مكان شا جاز ولا يحكم وهو ماشي لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المار لا باس بان يحكم وهو متكي لانه يزيد في الراي لزيادة راحة فيه ولكن القضا مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضا وعن ابي يوسف استفتي عن مسالة وهو متكي فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما للامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا باس به ان كان عالما بالقضا وان كان جاهلا يستحب

الثاني م

له ان يقعد معه اهل العلم لانه لا يومن من ان يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال ويرد هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضا وانما هي جري على العادة فلا يتوهم فيها الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضا فيكون من الغلول كغيره من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال ودعوة خاصة اي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان تكون من القريب او من غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضا فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال ويسوي بينهما جلوسا اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على خصمه وينكسر همة صاحبه فيودي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء او رفع صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تقديما له على صاحبه فيفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا وهكذا فعل شريح رضي الله عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلي خليفة رضي الله عنه فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه فيما يجد في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه قال ويتقي عن مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته اي يجتنب هذه الاشيا لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما قال والمزاح اي يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما يقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان شا بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبداه بالنطق وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستنطق الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه ساله البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه اذا طلب يمينه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدا بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا

يحبوه ولا يجمع بين النسا والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنسا ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى **قال وتلقين الشاهد** اي يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يترك العلم مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة **فصل في الحبس**

ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط ولما كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمي السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا وقال فيها الشاعر الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا

قال واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد ابايه من الدفع اليه لانه بالابا ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الابا بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الايمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتاتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكر هنا فانه يومر بالايفا مطلقا لانه يحتمل ان يوفي فلم يعجل حبسه قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيما اذا طلب المدعي ذلك حتى يساله فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا **قال لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان تثبت غريمه غناه فيحبسه بما راى** اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل ارش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس بدل المال ولا ملتزم بعقد اذا ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينيذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا فحينيذ يظهر خلاف الاصل الذي تمسك به المنكر ولا يصار الى الاصل مع وجود ما يخالفه فيصار الى القول بالقول للمدعي لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد

بالمهر

بعا لم على خط المولف رحمه الله تعالى بلغ

الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي لا تصح

بالمهر المعجل الذي يحبس فيه ما تعورف تعجيله والزايد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه قادر عليه واختار الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن اصحابنا واختار ابو عبد الله الثلجي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك كان القول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل شي في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسالتان تخرجان على الاقوال كلها ولا تخالفان شيا منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال ابو جعفر الثلجي يحكم الزي فان كانت هيبته هيئة الفقرا يعني المديون كان القول قوله وان كانت هيئة الاغنيا كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقها والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما راى اي يحبسه قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره ولكن المدعي اثبت المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا يشير الى انه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى للتقدير وما جا فيه من التقدير بشهرين او ثلث او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما **قال ثم يسال عنه** اي القاضي يسال عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهد ان حاله المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام هذا السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن لو سال مع هذا كان احوط **قال فان لم يظهر له مال خلاه** لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعد يكون ظلما **قال ولم يحل بينه وبين غرمايه** اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منتظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانظار الله تعالى بل اولى ولكنا نقول هو منتظر الى زمان قدرته على الايفا وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب فوق حاجته الدارة فياخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على اداية لانه موخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه **قال ورد البينة على افلاسه قبل حبسه** لانها بينة على النفي فلا يقبل ما لم يتايد بمويد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة

اذا ادعت ان زوجها موسر وادعى هو العسر

يحكم الزي

حاله

بينة اليسار احق

المشايخ على الاول قال وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه على
الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال وابد حبس الموسر لان
الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي
بدين فانه يحبسه ثم يسئل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة
اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر له مماطلته بعد ما اقر عند غيره
فحينئذ يحبسه لما مر قال ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية
لانها تسقط بمضي الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزم
بعقد على ما بينا قال لا في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص
بقتله ولا يقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه قال الا اذا ابى من الانفاق
عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو
بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه
الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف ساير الديون لانها لا تسقط بمضي
الزمان فلا يخاف فيها الفوت وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده الماذون ان لم
يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس
العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من
جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من
خلاف جنسه لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه
ويضمن ما اتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير
ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين اخر عليه غير الكتابة لانه
يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه يتمكن من اسقاط
هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيصير رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة به
لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين على
الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء
ولا يخلى لاحد يدخل عليه ليستانس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا
لمجيء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ
لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا اخرج
ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امراته او جاريته عليه ان كان
في السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول الحوايج بخلاف
الاكل والشرب فان منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك
وكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في
قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لان
مانعه ظالم متعنت والله اعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه
لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه انسب قال ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه
ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان اكثر
احتمالا من البينة ووجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر
على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك بيانه ونقل شهادة
وهو المراد هنا ولا يقال يستغني عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة
على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على
وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج
فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة
الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة
والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن
محمد وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى
الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن
الاشارة الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين
وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المراة او نفس الرجل وانما كالداين والمدين والنكاح كالدين
وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات
لغلبة الاباق فيه وللتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليبعثها الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة ايضا
بشرايطه وهي ان يكلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته
واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له
فلان جنسه كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلد كذا وهو اليوم
عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما يجي سلم العبد
الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد واخذ كفيلا من المدعي
بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب
كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي
الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا
الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرئ كفيله وقيل
لا يحكم له به لان الحكم على الغايب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غايب ولكن يكتب
ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم
حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل
هكذا لينقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو
الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا اوجب احضاره والجارية كالعبد
فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها الى المدعي بل يبعثها مع امين معه قال فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة

المولى لا يحبس بدين العبد الماذون الا اذا كان على العبد دين

صفة الحبس

المال الذي يحبس فيه

ههنا ح

لوجود الحجة والحضور الخصم قال وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينيذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ حكمه قال والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتدا حكم فلا يجوز له قال وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا الحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضا وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غايبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم اي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرايطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في ساير الشهادات ومن شرايطه ايضا ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه واسم ابيه وجده حتى لو اخل بشي منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه والمدعي على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدها ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شا وان شا اكتفى بذكر شهادتهم وعن ابي يوسف انه لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الايمة لكونه اسهل قال فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الادا لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتح القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه

كتابه

كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الى اخره شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف فانه عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي ايضا اذا اجابه وحده وكذا اسهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لادا الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعن محمد انه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكانهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز قال ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول قبل ادا الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله له ان القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة ادا شهود الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد ادا الشهادة قبل القضا بها فانه لا يمنع القضا فكذا هذا وهذا الحكم في كل شاهد مات بعد اداه الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا ان لهذا النقل حكم القضا الا ترى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادايهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او بموت الفروع كما في ساير الشهادات اذا مات الشهود بعد الادا قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضا مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية وحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به بالقراة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد ادا الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضايه قال وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينيذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول

لو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده

المسافة بين القاضيين في النقل

للنقل حكم القضا

لو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية

وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير الامنا في الاموال بخلاف ما اذا قال والي كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتدا الي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بعد القدره
واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الي القاضي وصار غيره تبعا له واجاز ابو يوسف من غير تعيين
احد من القضاة حين ابتلي بالقضا واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر
وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه
لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب
للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضا ونقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل ه
للضرورة ولا ضرورة الي الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي علي اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه
ان يكتب كتابا الي قاض اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الي اخر الي ما لا يتناهى
لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الي المكتوب اليه حكما فصاروا كانهم شهدوا عنده حقيقة
فجاز له ان ينقلها الي غيره اذ الحاجة الي نقلها مرارا ماسة وهي المجوز للنقل قال لا بموت الخصم يعني لا يبطل
الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلي هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه
فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الي القاضي يجوز كتاب القاضي الي الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر علي قوله اصلح
الله الامير ولا يكتب اكثر من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في
كتاب القاضي الي القاضي والقياس ان لا يجوز في مصر الابه ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الي الوالي
ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير
لا يمكنه التفحص عن احوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في
مصره وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي علي اصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة
لقلة وقوعه قال وتقضي المراة في غير حد وقود لان القضا يستقي من الشهادة علي ما بينا وشهادتها جائزة
في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيها من شبهة البدلية ه
وقال الشافعي لا يجوز ان تولي المراة القضا لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة
فكذا للقضا كالرجل قال ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه
القضا لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور
بادائها ان يستخلف لكونها علي شرف الفوات ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهده
الخطبة لانها شرط فيها فلا ينعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاول
فكان الثاني بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق ه
بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا يجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة
لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فاجاز القاضي جاز اذا كان المستخلف اهلا للقضا وان كان رقيقا او
محدودا في قذف او كافرا لم يجز وكذا اذا قضي بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه كالوكيل
بالبيع والشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان
قال له ول من شيت له ان يولي من يشا فيصير نايبا عن الامام في التولية حتي لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل
بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتي لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي

حيث

بلغ مقابلة علي خط المصنف

حيث يملك الايصا الي غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي
عن الجري علي موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الي الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره دلالة كيلا
تفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل
من شيت كان له العزل لانه نايب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل علي رضاه بتوليته
غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف قال واذا رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب
والسنة المشهورة والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين علي الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض
بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث والرابع الي ما لا يتناهي لاحتمال ان يجي قاض
يري خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر اشتغاله قلد القضا ابا الدردا واختصم
اليه رجلان فقضي لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضي علي فقال عمر لو كنت
انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا فقال ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر
رضي الله عنه انه قضي في حادثة بقضية ثم قضي فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما
نقضي وفي الجامع الصغير فما اختلف فيه الفقها فقضي به القاضي ثم جا قاض اخر يري غير ذلك امضاه فيه يكون
الثاني يري خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكر في الكتاب التقييد به فيفهم انه انما يمضيه اذا كان يوافق الراي
وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما حتي لو قضي في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند
عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا الي المحيط وقال فيه شمس الايمة هذا هو ظاهر المذهب
ولو قضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان في
رواية ينفذ لانه ليس خطا بيقين وفي اخري لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوي غيره بقوله تعالى ولا
تتبع اهواهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوي وقيل الفتوي علي النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا
يكون مخالفا لما ذكر من الادلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد علي خلاف هذه الادلة غير سايغ فينقض
وقيد بالسنة المشهورة احترازا من الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الي دليل شرعي
وحاصله ان الذي قضي به الاول لا يخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب
والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الي دليل شرعي فكذلك حكمه
لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الي حاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فابطل ه
اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعد والاحسن ان نقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون ه
الخلاف في نفس القضا ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل
القضا فاذا قضي فحينيذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضا اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضا علي
الغايب وللغايب وقضا المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتي
لو قضي علي الغايب او قضي الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الي حاكم اخر فقضي بصحة حكمه فحينيذ
يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي
وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاوه ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الي الف حاكم ونفذه لان قضاه
وقع باطلا لمخالفته الكتاب او السنة فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد ويمين او ه
بالقصاص بتعيين الولي واحدا من اهل المحلة وبينه او بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع عبد معتق
البعض او بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة الجد او بسقوط الدين بمضي سنين

او الاجماع ح

او بجواز بيع جنين ذبحت امه ومات في بطنها او بحل المطلقة ثلثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال عفو عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلث جملة او بعدم وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما على احد القولين في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعند محمد يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الايمة يرتفع به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي بخلافه لضعفه قال وينفذ القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة اي في الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امراة وهي منكوحة الغير او معتدة وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا فسخ القاضي بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا تقبل الانشا وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضا وما ثبت اقتضا لا يراعى فيه شرايطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة واما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الالغا بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشا التبرعات في ملك الغير والبيع باقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضا فلا يشترط فيه شرايطه ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع الا ترى ان المكاتب والعبد الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة ان زوجها ابانها بثلث او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلثا لبطلان المحلية للانشا قبل زوج اخر وفيما دون الثلث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت الانشا على قياس قول ابي حنيفة وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فيبقى ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضا بالنكاح قال ولا يقضى على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعى على الغايب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب وقال مالك والشافعي يجوز القضا على الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه السلام قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غايب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه السلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضا بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي

بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه عليه السلام قال فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه القضا شرط لصحة القضا وان الجهل به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا وانما كان فتوى او اعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه السلام عالما بانها امراته ولم يكن على وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه السلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له بكلام المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم ثم غاب قبل ان يقضى عليه قضى عليه وهو غايب لان له ان يطعن في البينة فتبطل به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بان يكون ما يدعيه على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان احدهما ان يكون ما يدعيه على الحاضر والغايب شيا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكر ذو اليد وادعى انها ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغايب او ادعى في دار في يد انسان شفعة لان ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها من فلان الغايب او ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغايب بامره فانكر الحاضر الكفالة وانكر الدين فاقام المدعي البينة انه له على الغايب الف درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغايب والحاضر حتى اذا حضر الغايب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيين مثل ان يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف البينة ان مولاه الغايب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا او قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغايب لان الحقين كشي واحد اذ لا ينفك احدهما عن الاخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه الغايب عفى عن القود وقال انقلب نصيبي مالا تقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا يقبل في حق الغايب ويقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغايب بنقل امراته او عبده اليه فاقامت المراة او العبد بينة انه اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها زوجها من فلان الغايب واراد ردها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغايب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغايب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغايب مثل ان تقول المراة لزوجها انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغايب زوجته ثلثا واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغايب الدار فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين من قال في الشرط ايضا يقبل مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا قال ويعرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك

لا الوصي والاب لان القاضي يقدر علي تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران علي ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقرار تبرع الا تري انه لا يجوز التاجيل فيه كساير التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون علي شرف التوي بان يجحد المستقرض علي مر الزمان ويرد شهوده لان كل مستقرض غير موتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الي امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت تهلك بغير شي ويومن التوي بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس الا من امين يوتمن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشغاله يخاف ان ينساه قال شمس الايمة في الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعني ما بينا وليس له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روي الحسن عن ابي حنيفة وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتي لو اختل احد منهم حالة اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا علي الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا تري انه ليس له ان يقرض المعسر ابتدا فكذا ليس له ان يتركه عنده انتها والله اعلم

باب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضا وهو جايز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالي فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي انه عليه السلام نزل علي حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير حد وقود ودية علي العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا لما تلونا وروينا ولان لهما ولاية علي انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية علي العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية علي دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما علي العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه علي عاقلته ولا علي القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب علي العاقلة لا علي القاتل ولو ثبت القتل باقراره او ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تتحمله العاقلة خطا كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما يتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكر الخصاف وشرط ان يكون صالحا للقضا لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتي لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا او امراة جاز كما في القضا لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليد القضا لحكم بين اهل الذمة قال ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس لا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول ان التحكيم من الامور الجايزة من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات قال فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا يكون دون صلح جري بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه فهذا اولي قال وامضي القاضي حكمه ان وافق مذهبه يعني اذا رفع حكمه اليه وكان عنده انه وافق مذهبه لانه لا فايدة في نقضه ثم ابرامه ثم فايدة هذا الامضا ان لا يكون لقاض اخر يري خلافه نقضه اذا رفع لان امضاه بمنزلة قضايه ابتدا ولو لم يمضه

لنقضه قال والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب والسنة والاجماع لان المولي من جهة الامام له ولاية الناس كافة لان مقلده ولاية علي الناس كافة فيكون نايبا له فيكون قضاوه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية علي غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتي كان له نقض اصطلاحهما اذا راي خلاف ذلك فكذا هذا وهذا لانه اعطي له حكم القاضي في حقهما حتي اشترط فيه شرايط القضا وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلي هو بمنزلة المولي من جهة الامام حتي لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر هذا الحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما علي حالهما يقبل قوله لان الولاية قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال الحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي بينة بكذا وكذا فخذ لوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشي او قامت عليه بينة بشي نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشا الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولي اذا قال في حال قضايه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الي انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم يحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكي ما يملك استينافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشا الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشا الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلثة اما بالعزل او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضي الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله تعالي وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب او اغمي عليه وبري منه او قدم من سفره او حبس كان علي حكمه لان هذه الاشيا لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا ثم عزل عنه فهو علي حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما في بلد اخر لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتي لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما قال وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم لهولاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابي امراته وامها وكذا الامراة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته جايزة فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضا لهم قضا لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضا للاخ واولادهم والاعمام لان شهادته لهم جايزة

باب مسايل شتي

قال رحمه الله لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضا ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلي هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني علي العلو بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة علي معني انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقي علي اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقي علي اصل الحظر

وهذه الاشيا من المشكل فنظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني ان شا ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البنا ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشترك اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه ان يجبره وذلك مثل كري النهر واصلاح سفينة متعيبة وفدا العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوسل الى حقه الا وهو يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو تضرر صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال زايغة مستطيلة ينشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة ينشعب فيها سكة اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا يرى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل دارين من تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحقهم ضرر بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهو من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان ينقض كله فاولى ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزايغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى يلغ عوجها راس السكة صارت كلها سكة واحدة وحق جميعهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شا من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حايطا وعن ابي يوسف ان الجيران ان تاذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بنا تنور في داره للخبز الدايم كما يكون في الدكاكين او رحى للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حايط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده في البنا قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث يجبر في زماننا لانه لا بد من ستر بينهما وقال قاضي خان ان كان الحايط يحتمل القسمة ويبني

كل واحد

كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا اجبر وقيل ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسيل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني يمكن اذ الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسئلتان بحالهما لا يقبل في الاولى ويقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين ان يقول جحدني الهبة او لا يقول ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي شرا ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ جميع العقود تنفسخ بالجحود اذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون مناقضا ولو لم يذكرها تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان تقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا متاخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل انه له اشتراها من ابيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف ذو اليد فاقام المدعي بينة انه ورثها من ابيه يقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى الشرا منه لا يقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق من المدعي والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر للبايع ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البايع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطيها وله ان يردها على بايعه بالعيب ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان يردها على بايعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث ولا اشتباه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان البيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم وانما نثبته بالعزم واليمين او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام او امساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره اجرتك هذه الدار يوما لتركبها فاخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق معناه اذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق سوا قال ذلك موصولا او مفصولا ولكن اذا ادعى انها نبهرجة ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لانه متناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفا عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وبخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البايع لان المبيع متعين في البيع

فاذا قبضه نقدا قربانه استوفي قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه
بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة
فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا
سوا كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفي ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان
قال مفصولا لا يصدق وهو المراد بما ذكرناه وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال
انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكر شيخ الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي
تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر او النحاس
هو الغالب قال ومن قال لاخر لك علي الف فرده ثم صدقه فلا شي عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فرده
المقر له بان قال ما كان لي عليك شي او قال بل هو لك او لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه او بعد
فلا شي على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوي فلا بد من الحجة او تصديق الخصم
بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد
لان العقد حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا بخلاف ما اذا اقر بنسب عبد لغيره
فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى اذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما يحتمل
الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار او الابرا عن الدين او هبته له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال
لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو اقر بشي لانسان
كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة
عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة فسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شي ثم ادعى ان له عليه دينا
واراد تحليفه لا يحلف وعن ابي يوسف اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر يحلف لجريان العادة بالاشهاد على
هذه الاشيا قبل تحققها تحرزا عن امتناع الاخر عن التسليم قال ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شي قط
فبرهن على القضا او الابرا قبل اي ادعى رجل على رجل الف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك علي شي قط فاقام المدعي
البينة ان له عليه الف درهم واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او ابراه المدعي عنه يقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل
لان القضا والابرا يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه
الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شي فيثبت ظاهرا ثم يقضي الا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فانكر فاقام
المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة على العفو او الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى
الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك علي شي لان التوفيق فيه اظهر لانه للحال قال ولو زاد ولا اعرفك لا
اي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكرنا بان قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعا عليه على القضا او الابرا
لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع واخذ واقتضاء بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر
القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يودي بالشغب على بابه فيامر بعض وكلايه بارضائه
بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى
الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وفي الكافي قيل تقبل البينة على الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن
قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعي بذلك فيقبل بينته لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار قال ومن ادعى على اخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشرا فوجد بها

عليه ح

مطلب مهم الساكت الاخ صحة الاقرار

عيب

عيبا فبرهن البايع انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل اي وجد المشتري بها عيبا فردها عليه فاقام البايع
البينة انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو
وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظير ما ذكر ابو يوسف انه لو ادعى الشرا
من شخص وهو ينكر فاقام المدعي البينة على الشرا منه واقام المنكر البينة انه قد رد المبيع عليه تقبل بينته لما
ذكرنا من التاويل او بقوله اخذ مني بينة كاذبة ثم استقلته منه فاقالني ووجه الظاهر ان اشتراط البراءة
تغيير للعقد من اقتضا وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا يتصور
وقد انكره فيكون متناقضا بخلاف ما تقدم من مسالة الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر قال ويبطل الصك
بان شا الله اي يبطل صك الشرا والاقرار اذا كتب في اخره ان شا الله حتى يبطل الشرا والاقرار بذلك ولا يلزمه
شي لان الاستثنا مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شا الله او كتب
فما ادرك فلانا من درك فعلي فلان خلاصه بطل الصك كله عند ابي حنيفة حتى يبطل الاقرار والشرا وقالا
ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل في الجمل الاستقلال
والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصد فينصرف الى ما يليه ضرورة
الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلايه وقال في اخره يفعل كذا وكذا ان شا الله ينصرف الاستثنا
الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في
الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شا الله
وما ذكراه من العادة انما جرى بان تترك فرجة او يكتب خط على حده فلو فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا
يبطل الشرا ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان الاستثنا انما يكتب في كتب الرسالة للتبرك
عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة
جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه اي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه
من الحق وفايدة هذه الكتابة ان يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم
عند ابي حنيفة وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضي فقد
اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لا يودي الى النزاع ثم يوكل من شا وقيل لا يفيد على قوله ايضا
وانما يفيد على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن ابي ليلى
يجوز فيفيد قال وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته
فالقول لهم وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب اوقاته واقرب
اوقاته ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان
ما الطاحونة وهذا الظاهر يعتبر للدفع وما ذكره هو يعتبر للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح
للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجات مسلمة بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت
بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة فهم الدافعون
ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا والحاصل ان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق
في المسالتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسالتين ولا يرد على هذا مسايل ذكرت
على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقات عينيه وهو في ملك البايع وقال المشتري
فقاته وهو في ملكي كان القول للمشتري فياخذ ارشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل

وارثه لغيره فلهذا استحقه هو لا لمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان ما الطاحونة
وكان جاريا في الحال يستحق الاجر بهذا الظاهر لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق
موجودا في الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة
موجود في الحال وكذا في المسلة الاولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجيه في مسلة
الميراث فانها ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا
فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الي اقرب اوقاته لانا
نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث **قال وان قال المودع هذا ابن
مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه** يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت
فصار كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه
منه حيث لا يومر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك
فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يومر بالدفع
اليه لانه اقرار بخالص حقه اذ الديون تقضي بامثالها فيومر بالدفع اليه ولو دفع الي الوكيل في الوديعة كان
على الدين ليس له ان يسترده من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة
في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جا المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الي
الوكيل حتي ضاعت عنده قال في النهايه قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع
منه واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان هل يومر بالدفع ولو ادعي انه وصي الميت فصدقه مودع الميت
اوغاصبه او وصيه لا يومر بالدفع اليه **قال وان قال لاخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول** يعني قال
مودع الميت لرجل اخر بعد ما اقر للاول هذا ابنه ايضا وكذبه الابن الاول قضي بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح
وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا علي الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل
لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدا بالاقرار
بما في يده لانسان ثم اقر ان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي علي ما مر من قبل قلنا هذا يضمن نصيبه ايضا
اذا دفع الي المقر له الاول بغير قضا القاضي ذكره في النهاية **قال ميراث قسم بين الغرما لا يكفل منهم ولا
من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة وهو ظلم** وهذا عند ابي حنيفة **وقالا** ياخذ الكفيل منهم والخلاف
فيما اذا اثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا ثبت بالاقرار ياخذ كفيلا بالاتفاق
وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يوخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه
الي اقامة البينة علي عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه مر وذلك يذكر في كتاب القسمة
ان شاء الله تعالي لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غايب بل هو الظاهر لان الموت يابي
بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الابق الي صاحبه او اعطي امراة الغايب النفقة من مال زوجها
ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يوخر لاجل الموهوم الي ان يعطي الكفيل كما اذا اثبت الشراه
ممن هو في يده او اثبت الدين علي العبد حتي بيع في دينه وهذا لان القاضي مامور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر
فلا يجوز تاخيره اراية انه لو لم يجد كفيلا كان منع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرما بخلاف
النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والابق واللقطة علي الخلاف في الاصح او كان الدفع اليه باقامة البينة لانه

ايضاً

لما ثبت

لما ثبت بينة حرم تاخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز
منعه فكذا التاخير لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يدفع اليه حتي يغلب
علي ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم بالاتفاق ولو كان التاخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق
المستحق الي معني اخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم غير ثابت الا تري ان الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له
وارثا اخر ولو كان لاجل الوهم يكفل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زايد بانتفاء
الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جايز الا تري ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو ليس
بشهادة لان الشهادة علي النفي لا تجوز ولكنه يراد به طمانينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الي راي القاضي
وقدره الطحاوي بالحول وقوله وهو ظلم اي ميل عن سوا السبيل وفيه دليل علي ان المجتهد يخطي ويصيب وعلي ان
ابا حنيفة بري عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه لانه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد يصيب
والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المامور به وهو حجة في حق عمله حتي تحل محكمته
ولا يجوز له العدول عنه وان اخطا الحق الذي هو عند الله تعالي فيكون كانه اصاب الحق **قال ولو ادعي دارا ارثا
لنفسه ولاخ له غايب وبرهن عليه اخذ نصف المدعي فقط** يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك
نصيب الغايب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة **وقالا** ان كان الذي هو
في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خاين فلا يترك في يده اذ لا يومن من الجحود
ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شي لان البينة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض
يعدل فيتعين الاخذ منه ووضعها في يد عدل ولانه يخاف ان يتصرف فيه لان من يدعي ان الشي له وهو في يده
لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين ولابي حنيفة
ان الحاضر ليس بخصم عن الغايب في استيفا نصيبه وليس للقاضي ان يتعرض لودايع الناس ولا لغيرها حتي
ياخذها من ايدي من هي عنده فصار نظير ما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا
يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضا وقع للميت مقصورا ولهذا اقضي علي ذي اليد بكل الدار بحضور
البعض من الورثه وتقضي بها ديونه وينفذ فيها وصاياه وصاحب اليد مختار الميت او تحمل ذلك فلا تنقض يده كما
اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي فالظاهر انه لا يتصرف به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة
له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت القاضي فيعود الي الانكار لانا نقول موت القاضي والشهود
الذي عاينوا القضا والذين شهدوا باصل الحق او نسيانهم من اندر ما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوي في المنقول
فقد قيل لا يترك النصف الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الي عدل يحفظه لحاجته الي الحفظ بخلاف العقار
لانه محصن بنفسه ولهذا ابلك الوصي بيع المنقول علي الكبير الغايب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم علي الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه علي الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قايم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا علي الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر لمعني انه مضمون عليه ولو اخذ ودفع الي امين
القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوي وانما لا يوخذ الكفيل منه لان فيها انشا خصومة والقاضي يطلب لقطعها لا
لانشايها واذا احضر الغايب لا يحتاج الي اعادة البينة ولا القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك
للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام ساير الورثة في
ذلك بخلاف نفس الاستيفا فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نايبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه
مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نايب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نايبا لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون

قضا على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوي الغير لا تتوجه
الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه
بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا **قال ومن قال مالي او ما املكه في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو**
اوصى بثلث ماله فهو على كل شي والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لان اسم المال
يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب
الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بايجاب الله منصرف الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق وقوله
خذ من اموالهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال
فكذا هي ولان العادة ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته
ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة وهي السوايم والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت نصابا او لم تبلغ قدر النصاب
وسوا كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرايطها ويدخل
فيه الاراضي العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة
فيها راجحة وعند محمد لا يدخل لانها سبب المؤنة ولهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها كالاوقاف
فكانت جهة المونة راجحة عنده وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد قال ذكر التمرتاشي معه ولا تدخل الارض
الخراجية لانها تمحضت مونة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال
ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املكه او جميع ما املك في المساكين
صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة
او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص
وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه
بان قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص
الوارد في احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق
بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك
من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيا بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته
لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما
يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم
كل ثلثة ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر
عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصله
قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيا من التركة قبل العلم
بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية
ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما في حالة الحياة والاخر بعد الممات ووجه الاول ان الوصية خلافة
لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له فكذا هذا اما الوكالة
فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقا ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية
باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت ولان
الاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان

اهو

وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم **قال ومن اعلم بالوكالة صح تصرفه** اي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم
فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سوا اخبره بذلك عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات
وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كساير المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا
الاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا تشترط فيه الا التمييز **قال ولا يثبت عزله الا بعدلين او مستورين**
كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا ان يخبر
عدد واحد او اثنين غير عدلين او خبر عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله **وقالا** رحمهما الله لا يشترط في المخبر في هذه
الاشيا الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا **ولابي حنيفة** ان في هذه الاشيا الزاما من
وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير
ان يتصرف ولا يلزمه شي على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى
تقدير الطلب لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها النكاح وكذا
السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه
من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد
ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي
اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط فيه العدالة كالبكر
اذا اخبرها رسول الولي بالتزوج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته
حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى
المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل
قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا **قال ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ**
المال فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن العبد في يد البايع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا
امينه الثمن للمشتري لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قايم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه
الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعد واعن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا
لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا
قال ورجع المشتري على الغرما لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر رجعها على العاقد
كما تجعل العهدة على الموكل اذا تعذر رجعها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد وقع
له **قال وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على**
الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان
الميت اوصى اليه ظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت لا ليكون
قايما مقام القاضي فصار كمن اوصى اليه الميت **قال ويرجع هو على الغرما** اي يرجع الوصي على الغرما لانه
عامل لهم ومن عمل للغير عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من نفع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال
رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصي او للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا
كان البايع هو القاضي او امينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض
الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد له

سوال الوكيل في العزل
الحكمي قبل العلم العزل
بخلاف العزل القصدي

مخبر

عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه هو العاقد رجع
عليه المشتري لما ذكرنا قال ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالقتل
فافعله وسعك فعله قيده هنا بكونه عدلا وعالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه
فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه
اخبر عن امر يملك انشاه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولي في موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو
لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد عن هذا فقال لا ناخذ بقوله الا ان
يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة زماننا والتدارك غير
ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبيا عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي
الى القاضي لضرورة احيا الحقوق ولان الخيانة في مثله قل ما تقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما
يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا
وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فان احسن بان يذكر شرايطه مثلا ان حكم بحده
الزنا مثلا باقرار او بينة فيأتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن
بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا تقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك لا الا ان يعاين
الحجة لاحتمال الخطا او الخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا
القول واذا لم يصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما
لما نفذ قضاؤه قال وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل
اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله
مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضايه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان
فعل القاضي على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه ثبت
انه فعل ذلك في حال قضايه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا
ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه لم
يكن قاضيا يوميذ وانما فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الايمة السرخسي
اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته
ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل منه وقعت المنازعة في الاسناد بحكم الحال كما اذا اختلفا في
جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف
المسلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام البزدوي
والصدر الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال لعبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل قطعتها
وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقه اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت
عبد فقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل
وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان البيع مستهلكا وان كان قايما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما لا
يملك الانشا فيصير مدعيا وكذا في مسلة الغلة لا يصدق في الغلة القايمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه
التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول

بدفع

في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق
فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه
حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار كل
مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضا القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان
ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضا
حذار الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الاخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه
المال صدق القاضي في انه فعله في قضايه او ادعى انه فعله في غير قضايه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا
يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهي نظير مسلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسايل
لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا او كذا من المال وانكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما انه
اسنده الى حالة منافية للضمان واورد في النهاية على المسايل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي فقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف
مع انه منكر الضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها
ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التمليك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك
فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مخلص والله اعلم بالصواب كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة
من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الادا شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة
من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة
عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضا ولفظة الشهادة فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة
على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على
القاضي بما يقتضيه الشهادة والقياس يابى ان يكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب
ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال وتلزم بطلب المدعي اي يلزم ادا الشهادة ولا يسع كتمانها
اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه
وهذا وان كان نهيا عن الابا وعن الكتمان لكن النهي عن الشي يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتها لا يكون
الا بالاشتغال به فكان ادا الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتها عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند
الاثم الى الالة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله ابصرته بعيني
اكد من قوله ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرايم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما ياثم اذا علم
ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الادا وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته
فقبلت قالوا لا ياثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته ياثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع
الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لادا
الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا لا ياثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم
ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شي للركوب فركبه المدعي من عنده قالوا لا باس به
وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر وركبه المدعي من عنده
قالوا لا تقبل قال وسترها في الحدود احب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان

البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا

خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه السلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وبما نقل من تلقين المعترف للدرء عن النبي عليه السلام واصحابه دلالة ظاهرة
على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله
تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الاية لان ظاهر الاية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم
الفاحشة لاجل انهم امنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد
لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد به بقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا احسن والاول وهو الستر
احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود ليس لها مدع
يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج فيرجح فلا يقاس احد الحقين
على الاخر قال ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد
افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى
وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه
وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال ويشترط للزنا اربعة رجال
لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه السلام ايت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للذكور دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان
الله تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع
مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق واوجب على من نسب الى هذه
الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه
النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص
بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي
الحكم عند انتفائه لا ينفيه الا لعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه
عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا انقص عددهم عن
الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان
الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم
التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع والا يكون في الفرع نص يمكن العمل
به قال وبقية الحدود والقصاص رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال واستشهدوا شهيدين من رجالكم
لان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كما لا
يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة
على الاصل غالبا وشهادة امراتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين
قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامراتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود
الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ايضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل
حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امراة

شهادة النساء فيها شبهة البدلية لا حقيقتها

يعني

يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امراة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله عنه
اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي يشترط فيه ان يشهد اربعة من
النساء لان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه ثنتان من
النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار احدهما فبقي الاخر وهو العدد على حاله
والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد
لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنتان او اكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها ساير شرايط الشهادة من
الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها
في موضعها من الطلاق والعيوب واما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة لانه مما يطلع
عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين كشهادتها في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما
تقبل لان الاستهلال علامة حيوته ولا يعرفه الا من حضر ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
وتقبل في الصلاة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل فيه شهادة المراة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا
قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله ولغيرها رجلان او رجل وامراتان اي لغير الحدود
والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامراتين سوا كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق
والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا
في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور
الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص
وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان
عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل
فيها القبول لوجود ما تبتني عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبتني على الحرية والارث ولوجود اهلية
القبول وهي تبتني على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة
والضبط والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر
خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت
به واي شبهة اقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال وللكل لفظ
الشهادة والعدالة اي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة
والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا
يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه
عن الكذب بهذا اللفظ اشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى
فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتاتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة
بلفظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذا الايمان يجوز باي كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم
الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة

مسائل الشهادة على استهلال الصبي

النسا فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة
ولهذا يشترط فيه شرايط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهدا والعدل هو المرضي ولان من يباشر غير الكذب من
المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد
حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة اذا الفاسق
اهل لولاية القضا والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره لتهمة قال الله تعالى
ان جاكم فاسق بنبأ فتبينوا امر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان
ان يحكم به وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في
شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استيجاره لادا الشهادة ولمروته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في
ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما له قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله يحيي الحقوق بهم وفي
حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروة له شرعا
فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد له منه قال ويسأل عن الشهود سرا وعلانية في ساير الحقوق وهذا
عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن
فيه سال عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدود في قذف ومثل ذلك عن عمر وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة
وسطا لتكونوا شهدا على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار ولان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح ه
فاكتفي بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له
منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لحقايقها ولو زكي فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان اقصى
ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست
بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السوال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب
الترجيح بالاستقصا بخلاف الحدود والقصاص لانهما يندرأن بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتدا من غير طعن
خصم رجا ان يسقط ولهما ان القضا يبتني على الحجة ولا يقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السوال
ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضايه عن البطلان واسنادا للحكم الى البرهان
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو
الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والاية التي تلونا والحديث الذي روينا يدلان على
ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد ما تغير احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه
والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر اكثر ثم التعديل في السر ان يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل
فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عنه جيرانه واصدقاه
فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جايز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب
احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينيذ يصرح به ومن لم يعرف
حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذي ولا بد في التعديل في العلانية من ان
يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد

كان

العدالة شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة

صفة التعديل في السر

كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم نقدر عليهم اهل الشر ويكتفي بالسر في زماننا
لما ذكرنا وقال محمد تزكية العلانية بلا وفتنة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل جايز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف
اذا تاب يكون عدلا والاصح انه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشا في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام
ولهذا لا يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكر في الجامع ان الناس احرار الا في الشهادة والحدود
والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسال عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا الحسين
ذكر في مختصره ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية
في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد او قال القاذف المقذوف عبد او قال الشاج المشجوج عبد او قالت
العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم
البينة انه حر وهي نظير العدالة عند ابي حنيفة فان القاضي يحكم بظاهر العدالة بكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم
فاذا طعن سال على ما بينا قال وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود
لا يصح ومراده على قول من يرى السوال عن الشهود واما على قوله فلا يتاتى في ذلك لانه لا يرى السوال عن الشهود دون تطعين
المنازعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يري وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه
ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن ابي يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله بان كان
عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم اخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه على ما يجي من قريب والمراد
فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا ونسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو
قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شي لانهم مع كونهم عدولا لا يتوهم منهم النسيان والخطا فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون
كلامه صوابا قال والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة
حتى يجوز تزكية العبد والمراة والاعمى والمحدود في قذف اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية الا ترى
ان روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف
الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق
رجلان او رجل وامراتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امراة واحدة رتبها على مراتب الشهادة لان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضا تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى
الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته
له كتزكية احد الزوجين الاخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف
القياس لان رجحان الصدق في حق العمل يقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا ترجح بكثرة الرواة
ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن تركه ذلك للنص فيبقى ما وراها على الاصل وفي المحيط
اجاز تزكية الصبي وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة
رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود كل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط
في الكل اثنان وينبغي للقاضي ان يختار في المسايل عن الشهود من هو اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس
مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل
سوقه من يثق به سال اهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية
السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظة
الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها تختص بمجلس القضا قال وله ان يشهد بما سمع او راي

صفة تزكية العدل

تفريع ابي حنيفة على قول الامامين

جاز تزكية من لا تقبل شهادته له

شرط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع

تزكية العلانية

مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه اي يجوز له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا
عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه لما تلونا وروينا وهذا لانه علم
ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع ويقول اشهد بانه باع واقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع
بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة البيع هو مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون
على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطا لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني الا اذا اشهده كيلا
يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب
لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل وعلم الشاهد انه
ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي
اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى ان
الشهادة بالتسامع تجوز في اشيا ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امراة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد
عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة لا
يثبت حكمها بنفسه ولا يصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضا ولهذا يعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل
كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع له
السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان
يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برايه قال ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل
للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ
انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا
بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرا على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية
وهذا على اطلاق قول ابي حنيفة ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه
مزور وهذا لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد
يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو يوسف
يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضا بذلك وليس للشاهد ان
يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو
لم يكتف بما يجد في قمطره لتعطل احوال الناس ولانه يجعله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيومن من التبديل
والتزوير وكتابة الرواة تكون في ايديهم فيومن التزوير ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون في يد
الخصوم فلا يومن من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بانه قضى بكذا فعلى
الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا الواجب قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان
يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعتمد ولا
يجوز له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه ان يشهد
قال ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل الوقف فله
ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم

ولو سمع من وراء الحجاب

الا بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف من حكم النكاح
ولهذا لا يجوز للقاضي ان يحكم بالتسامع والحكم يجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان
ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس وتتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار
فلو لم تقبل فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر
بالتهنية ونسبة كل واحد الى الاخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس
الاثار والنكاح بالشهود والولايم والدخول يتعلق احكام مشهودة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان
والقضا بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فتنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط
فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا تختص بمشاهدة اسبابها الخواص من الناس بل يحضره
الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشيا بالشهرة الا ترى انا نشهد
ان عليا تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي ولو تعلقت بحقيقة علم السبب
ادى الى عدم الشهادة بها اصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضا التولية ولا يحضره الا الوزير
وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفي في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له ان يشهد بهذه بالتواتر او
باخبار من يثق به واذا راى امراة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس انها زوجته جاز له ان
يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا راى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له ان يشهد انه
قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او رجل وامراتان وهم عدول ليحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل
في الموت يكتفى باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها
ان يكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا
لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان
بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسايل ولو شهد انه حضر دفنه فهو معاينة وقوله واصل الوقف يحترز به من
شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر دون شرايطه فلا تقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة
بان يشهد وانه وقف على هذا المسجد او الفقير او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم
ثم قصر الاستثنا على هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولا وعن ابي يوسف انه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله
عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولا يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع
لتعطلت الاحكام وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان العتق يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتني
عليه وذكر شمس الايمة السرخسي ان الشهادة بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف ثابت فيه ايضا ثم
ينبغي ان لا يفسر انه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شي في يد انسان يطلق له الشهادة واذا فسر لا يقبل
قال ومن في يده شي سوى الرقيق لك ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا
دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره
وذلك راجع الى اليد لان المملك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشتري فثبت بهذا
ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه
الشهادة باليد يودي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يودي الى
انسدادها فهو المنفي وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة
بلا علم لا تجوز لما تلونا وروينا ولهذا قيل لو راى درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو اهل

لذلك لا يسعه ان يشهد له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد بقوله وسعك ان تشهد انه له وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف قلنا التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط النسفي التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان راه يشتريه لاحتمال ان البايع لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غير عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضا ترك ثم المسألة على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد ثم راه في يد غيره بعد جاز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على اليد والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جا الذي نسب اليه الملك وادعى ان المحدود ملكه على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم ه المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك والرابع ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا راه في يده لان الرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم طايعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية جعل ذلك عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا يرى ان من ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول للذي في يده لان الظاهر يشاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كساير الاموال قال وان فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع او بمعاينة اليد لا يقبل اي فسر للقاضي انه يشهد ه بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او رؤية في يد فلا يلزمه علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا يرى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره او برؤية غيره وهذا لان القضا يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فكذا ينبغي ان لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضا به الا انا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضا على اصل القياس قال وان شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما

شهدنا

شهدنا الا بما علمنا والله اعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ك

بلغ مقابلة على خط المؤلف

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والادا يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك ولا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا ان الادا يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطي امراته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضا الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المراة وكذا اذا عمي بعد الادا قبل الحكم به لان قيام الاهلية شرط وقت القضا لتصير حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق او ارتد والعياذ بالله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها قال والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على نفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال الا ان يتحملا في الرق والصغر وادّيا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الادا بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الادا هما اهل ه للشهادة قال والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثنا اذا تعقب جملة بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القايل امراته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى جميع ما تقدم ولان هذا افترا على عبد من عباد الله والافترا على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم يقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز ان يكون اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانها فعل الغير به وهو مطهر ايضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ه ولنا ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التابيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون رادا لما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرايم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزا جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها حدود ولهذا امر الايمة به وقوله واولئك هم الفاسقون ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قايم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الايمة لا بوصف قايم بالذات فلا ينصرف الاستثنا الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون ه منقطعا عن الاول فينصرف الاستثنا الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم الا يرى انه لا يصلح جزا الجريمة والجلد ورد الشهادة يصلحان جزا لان كل واحد منهما مولم زاجر عن ارتكاب مثل الجريمة فصار رد الشهادة قطعا للالة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد و لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثنا الى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف الا يرى ان كلها جمل انشائية فتتوقف كلها على اخرها حتى اذا وجد المغير في الاخير تغير الكل والقياس

معنى الولاية

واو نظم لا واو عطف

علي الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص علي التابيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جايز ان يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالي ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة علي حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد علي انه زنا يقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال الا ان يحد الكافر في قذف ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها الرد ولان النبي ردت غير هذه الا ترى ان المردودة لا تقبل علي المسلم وهذه تقبل فبرد الاولي لا ترتد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة علي احد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البينة علي المقذوف انه زنا علي ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد ففي الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا يسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه انما تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة الحد علي ما بينا قال والولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولي لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هولاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم الزكاة الي بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا تقبل ولا فرق بين ان يكون علي العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كيف ما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معني قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السوال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السايل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر علي منافعه فاذا شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له باجر ومالك يخالفنا في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي يخالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا اجرى القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من المعني وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالي ووجدك عايلا فاغني اي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد اولي وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ايت بشاهد اخر مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن قال اما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت لكن ايت بشاهد اخر القصة الي اخرها وفيها انه استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه

شهادة الاجير

وشهادة المرء لنفسه غير مقبول قال والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبول فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفا التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليس بشرط قال ومخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنسا وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عمدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النسا واما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشي من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة قال والنائحة والمغنية لانه عليه السلام نهي عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في حق المراة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيده به في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل علي ما نبين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال والعدو اذا كانت عداوة دنيوية لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يومن من التقول عليه واما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل علي قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان راي فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا المعني ان المسلمين يجمعون علي قبول شهادة المسلم علي الكافر والعداوة الدينية قايمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال ومدمن الشرب علي اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرطه الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وان كان شربها كبيرة وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكران فتلعب به الصبيان فانه لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب علي اللهو في حق المشروب لسياق جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوي قاضي خان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزيا الي الذخيرة لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد لا يجوز شهادة مدمن السكر واراد به السكر بساير الاشربة سوي الخمر لان المحرم في ساير الاشربة السكر فشرط الادمان علي السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان علي الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا الدد مني ولان الغالب فيه ان يصعد الي السطوح ليطير طيره فينظر الي عورات النسا وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته ليستانس به لا ليطيره فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة للغير فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال او يغني للناس لانه يجمع الناس علي لهو ولعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتي يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روي ان البرا بن مالك دخل عليه

لا تدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير

من يجلس مجالس الفجور والشرب

من يلعب بالطيور

اخي انس بن مالك وهو يعني والكثير مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جايز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز الغنا في العرس كما لا يرى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح وقد قال عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى **قال او يرتكب ما يوجب الحد** لانه من الكباير ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من ارتكب الكباير ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهي صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القران او في الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على ارتكاب الكذب لان من ارتكب شيا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة **قال او يدخل الحمام بغير ازار** لان كشف العورة حرام وقال عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور وراي ابو حنيفة رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ايها الانسان خافوا الله ولا تدخلوا الحمام من غير ميزر وذكر الكرخي ان من مشى في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروة **قال او ياكل الربا** لانه من الكباير وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان **قال او يقامر بالنرد والشطرنج او تفوته الصلاة بسببهما** لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكباير وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها انفا **قال او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف** يعني الصالحين منهم الصحابة والتابعون والعلما كابي حنيفة واصحابه لان هذه الاشيا تدل على قصور عقله وقلة مروته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انه تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس **قال وتقبل لاخيه وعمه وابويه رضاعا وام امراته وبنتها وزوج بنته وامراة ابنه وابيه** لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا او لاحد الزوجين للاخر على ما بينا **قال واهل الاهوا الا الخطابية** وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهوا لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما اوقعه فيه الا التدين لان فيهم

من يكفر

اختلفوا في الكبيرة

من يكفر بالذنب ومنهم من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تاويل وتدين فلا تبطل عدالته كمن يستبيح المثلث او متروك التسمية واستدل محمد على قبول شهادته فقال ارايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو شهدوا ابن يدي علي اكان يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمن بدعة وهوى وكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن تاويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا للمدعي اذا حلف عندهم انه حق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت الشبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر **قال والذمي على مثله** وقال الشافعي ومالك لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانهم فسقة بين الله تعالى فسقهم في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهدا والكافر غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يودي الى التزام الحاكم القضا بشهادته ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كي لا يلزمه شي يتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان اهلا لها لا تختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على اهل الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى او آخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا فهذا نص على ان شهادة الكفار مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى ثم انتساخه في حق المسلم لاجل ان ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقا ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اوليا بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شي فاذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل ذلك على ان الاية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه ابو داود والدارقطني وقالت عايشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا سورة المايدة قال نعم قالت فانها اخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدل على انها ليست بمنسوخة في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والرضا ثابت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار

اصول اهل الهوى ستة

الخطابية

يوده اليك فخرجت الاية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا الكفر ولما كان موتمنا
في المعاملات كان موتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية على
احد كالصبي والشهادة من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلا للشهادة ايضا على جنسه
والقاضي لم يلزمه القضا بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضا امانة عنده فيجب عليه اداوه كما
يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب
مشاهد والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون من في عصرنا منهم
ان يكون عالما بالحق بل الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الامر الى
قوله تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقوله من كان
اهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير
منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولادا لا تقبل ه
ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل
شهادته على احد كالعبد والصبي وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت
مللهم لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يودي الى التقول عليه قال والحربي على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له
على الذمي وللذمي ولاية على الحربي والذمي اعلا حالا منه لانه من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي
على الذمي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش
لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة
كل واحد منهما دم الاخر وماله قال ومن الم بصغيرة ان اجتنب الكباير اي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة
بشرط ان يجتنب الكباير واللمم الصغيرة والالمام اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكباير كلها
وكانت حسناته اغلب من سياته وقد مضى ذكر الكباير والصغاير فبقي الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط
لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل
هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه
كيلا يودي الى تضييع الحقوق وادناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من
ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل
فيه ما نقل عن ابي يوسف ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكباير ولا يكون مصرا على الصغاير ويكون صلاحه
اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطايه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا ه
والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر
من هو معصوم سوى الانبيا عليهم السلام فيودي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى
وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهدا على الناس اي عدلا وقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف قال والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا
تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع
الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر
ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة
المقادير السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين

احسن ما قيل في العدل

تقدير الختان

الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك به لما روي
ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عندنا دون
النسا وقال بعض العلما انه فرض ولنا قوله عليه السلام الختان للرجال سنة وللنسا مكرمة قال الحلواني رحمه الله كان
النسا يختتن في زمن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانها يكون الذ لذة عند المواقعة قال
والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او جناية ابويه لا يوجب قدحا في
العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين مقبولة ثم
هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل
ما لم ينضم اليه امراة ولا مع النسا بلا رجل معهن قال والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين ياخذون الحقوق
الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامرا وقيل الذين يعملون بايديهم ويوجرون ه
انفسهم وانما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل اكثرهم
كانوا عمالا لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس
ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد
على استيجاره على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة وروي ان فضيل بن ربيع وزير
الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله في جارية فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي
ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان
صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب
في مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل ه
شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للدوري ان من قام بتوزيع هذه النوايب
على المسلمين بالقسط والعدالة كان ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من
قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبايع الكفن قالوا لا تقبل
شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من يبخل
بالواجبات كالزكوة ونفقة الزوجات والاقارب قال والمعتق لمعتقه اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه
وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق
علي رضي الله عنهم اجمعين قال ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا
ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى
رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان
اباهما الغايب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سوا ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز الوصية
ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما او الغريمان لهما عليه دين او عليهما له دين انه اوصى الى
هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله
او من يستوفي منه او من تبرا ذمته بالتسليم اليه او من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجر منفعة
لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان
الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مونة التعيين وزكاه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل
فيمن يعين وفي من يصلح فيعين من ثبتت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة

بايع الكفن

شهادة البخيل لا تقبل

شي لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا
للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول
اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما ثالثا بخلاف
ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ
لا يملك القاضي نصب الوصي الا بعد البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى التهمة وهو جر
المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا اقام شخصان البينة ان اباهما الغايب وكل فلانا
بقبض حقوقه حيث لا يقبل وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت لثبت بشهادتهما
وهي موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين يقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما
يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما ه
وقيل معنى القبول ان يامر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لا ان يبرا عن الدين بهذا الاداء الا ان استوفيا الدين منهما
حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا يقبل في حقهما قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد
من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع
فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة
من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جائز على ما بين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي
ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار ه
للقاضي سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق
الله تعالى كقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه اثبات حق العبد كقولهما اخذوا المال او قتلوا ه
النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احيا الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو
الحد او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا
من المال على ان لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال
تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده
تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا
من المال الى ان لا يشهدوا على ولم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا له لا تقبل
لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا لمكن القضا به ودعوى الاستيجار وان كانت ه
صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو اقام البينة على اقرار ه
المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقرار انه استاجر
الشهود او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود عبيد
او محدودون في قذف لان في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم
وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او
على اقرارهم انهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة
لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل
ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم فيه
بكونه غير متقادم مردودة وما ذكر الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تاويله اذا اقامها

على اقرار

على اقرار المدعي بذلك او على التزكية وعلى هذا ما ذكر في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة
او شربة خمر لم يقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا يقبل محمول على الاول على انه اذا كان متقادما والا
فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الى اخره قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي تقبل
لو عدلا اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره تقبل لان الشاهد قد يبتلي
بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعدما
قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد
بالف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضا به ه
فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة واليه مال
شمس الائمة السرخسي هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام
مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او يترك الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام
عن المجلس بعد ان يكون عدلا مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر
وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين
ان يكون قبل القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكره
بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر ذلك تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضا فذكر ذلك للقاضي دليل
على صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول
الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى
اما الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم
يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى
الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها
ليس بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل احد خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجودة
ولانه تعالى امر باقامتها فكان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف
القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال ادعى دارا ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لغت
اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان
فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة
بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا ه
فلا تقبل الشهادة قال وبعكسه لا اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك
بسبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال
ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا
به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى
هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن
حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهمين واخر بثلثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة
لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده

بلغ مقابلة على خط المصنف

وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلث ولهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمس مائة والمدعي يدعي الالف وخمس مائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شي لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامراته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شي وان اتفقا اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك يقبل ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا يقبل وبخلاف الالف وخمس المائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابراته عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما وذلك نحو ان يشهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكر ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكر في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلث صار في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع اي عدد شا الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال وان شهد الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجي من بعد قال ولو شهدا بالف

وقال

وقال احدهما قضاه منها خمس مائة تقبل بالف ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمس مائة مناقضا لشهادته بالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدين يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهد بالقضاء فينبغي الا تقبل كما اذا شهد بالف وخمس مائة والمدعي يدعي الالف لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان اخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمس مائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء ان لا دين الا خمس مائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمس المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضاء فلا تسمع قال وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه الا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمس مائة حتى يقر المدعي انه قبض خمس مائة كي لا يصير معينا على الظلم قال ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض اصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين انه لا شي له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعي كذب شاهد القضاء والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على ما ذكرنا في المسألة الاولى اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشرا والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشا فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشا والاخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشا ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة يقول يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشا والاخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذفه فيما شاهدان به قال ولو شهدا انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله بكوفة ردتا يعني طايفتين كل واحدة منها نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكر ترد الطايفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول مستحدثه الله في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا للاول واعادة لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكي بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال فان قضي باحداهما اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطايفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار ذلك حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور رقصا ونظيره ما لو كان مع رجل ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع

اختلفا فيما يكلفا نقله

تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل الحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الاخر قال ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما سرق بقرة بيضا وقال الاخر بقرة سودا تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى او اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضا غير السودا فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على كل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق الا يرى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيهما من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والجانب الاخر اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين لم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو بقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فيكون الشهادة عن تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو محتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا تلون البقرة المسروقة بلونين والمشهود بسرقتها اما بيضا او سودا ولم يقل واحد منهما انها بلونين فيكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضا او سودا بنا على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سودا او بيضا لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب بان قال احدهما هروي وقال الاخر مروي وان اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل وقد بيناه من قبل قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علا الدين السمرقندي ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشرا الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسماية بان يشتريه بالف ثم يزيد عليه خمسماية فقد اتفقا على شرا واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بماية دينار بطلت لعدم امكان التوفيق لان الشرا الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بماية دينار قال وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالادا فصار نظير الشرا وان كان المدعي هو

المولى

المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتدا العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند ادا المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل الادا بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى والولي يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون كدعوى الدين فيقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شا فلا فايدة في اقامة البينة ولانه حق ايه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن ان يدعي انه رهنه الفا وخمسماية وادعى انه قبضه ثم اخذ الراهن فيطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية يثبت اقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفا المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما بينا في الدين قال فاما النكاح فيصح بالف يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله سوا كان الدعوى من الزوج او من المراة وسوا ادعى الاقل او الاكثر وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشي لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسماية فتبطل الشهادة كما في البيع سوا كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار احدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه باقرارهم يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما يصح عند العقد يصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشا العقد وانما يحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتدا وتارة يكون حالة البقا فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة البقا ولا يتصور وجود العقد في حالة البقا والبينة على التسمية في حال يستحيل العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقا النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهما لم تقع الا على المال حال بقا النكاح فيثبت بها التسمية وبقا النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وهما يجعلان مقصودها العقد لما بينا لهما واما

اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد بالف غير العقد بالف
وخمس ماية على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوي فيه دعوي اقل المالين
واكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب
المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوي الاقل تكذيبا للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمي ثم صار اكثره
بالزيادة قال ومن ملك المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا ان يشهد ابملكه او بيده او بيد مستعيره
وقت الموت يعني اذا اثبت شي انه ملك المورث بان ادعي الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه واقام
شاهدين فشهدا انه هذه كانت لابيه لا يقضي له حتي يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا
كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط
وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان جرا لانه اثبت ملكه
او ان الانتقال الي الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا اثبت يده عنده
الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو علي ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به والمضمون يملكه الضامن علي
ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير
والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفي به
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين
كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا
يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورث
مستمرا الي هذا الوقت لا ملكا اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة
البينة علي ان ملكه ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعي عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان غير
ذي اليد واقام البينة علي الشرا منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع واقام المشتري البينة انها كانت
له يكتفي بذلك ويقضي له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الي ان
يوجد المزيل لاستغنا البقا عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا يري انه يثبت
في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبرا الجارية وحل وطيها لو كانت حراما علي المورث او بالعكس وكذا
يحل للوارث الغني اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل
اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقا ملكه الي الموت يثبت باستصحاب الحال وهو
حجة لا بقا ما كان علي ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان
متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا يري ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع
بها وان كان يدفع دعوي غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه
استصحاب الحال لبقا ما كان علي ما كان وهو حجة فيه علي ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان
حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الي الشرا الثابت بالبينة لا الي
استصحاب الحال ببقا ملك البايع لان الشرا سبب موضوع للملك حتي لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشرا
واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الي كون المال ملك المورث وقت الموت لا الي الموت لان الموت ليس بسبب
موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا تري ان الوارث لو علق العتق بموت

موريثه

بلغ مقابلة علي خط المصنف

موريثه بان قال ان مات سيدك فانت حر لا يصح ولو كان سببا للملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت
حر قال ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت اي اذا شهد شاهدان ان هذا العين كانت في يد فلان منذ
شهر وهو حي ردت الشهادة عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب
ان تقبل كما اذا شهدا انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متي ثبت يبقي الي ان يوجد ما يزيله فكذا اليد
وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي او بالاقرار له باليد له ولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية
وهي متنوعة الي ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضا بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف
الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت حتي ترده
وكذا الاقرار باليد معلوم علي ما جي ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لان العيان
يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان اكثر اثباتا قال ولو اقر المدعي عليه بذلك او شهد شاهدان
انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الي المدعي اي اقر المدعي عليه باليد للمدعي او شهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ اشهر دفع ذلك الي المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا تري
انه لو قال لفلان علي شي صح ووجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله اعلم باب
الشهادة علي الشهادة قال رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان علي شهادة
شاهدين اي تجوز الشهادة علي الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان علي شهادة كل واحد من الاصلين وهذا
استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت علي شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له
بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال
لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الي الفروع
الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادا الشهادة
لموت او مرض او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة ادي الي اتواء الحقوق ولهذا اجوزنا الشهادة علي شهادة
الفروع وعلي شهادة فروع الفروع الي غير نهاية فصار ككتاب القاضي الي القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة
احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة علي ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة
النسا لما فيها من شبهة البدلية بل اولي لان في الشهادة علي الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق
وذكر الناطفي انها لا تجوز في الوقف والصحيح انها تجوز فيه احيا له وصونا عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان
علي شهادة شاهدين يعني ان يشهد علي كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من
القضايا فلا بد من تمام النصاب علي كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتي لو اشهد احدهما
علي شهادته رجلين واشهد هما الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز حتي يشهد علي كل واحد منهما رجلان غير
الذين اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قايمان مقام اصل واحد فلا يتم حجة للقضا بهما كالمراتين لما قامتا مقام
رجل لا يتم حجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد ان يشهد علي تلك الشهادة
علي غيره الا تري ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد صاحبه علي شهادته مع رجل اخر وقال
مالك يجوز شهادة الواحد علي شهادة الواحد لان الفرع قايم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال
شهادته الي مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا بر واية الاخبار فان رواية الواحد عن
الواحد مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز علي شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان
يكون بازا كل اصل فرعان لان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة

لا يمنع صحة الاقرار

شرح ادب القاضي للخصاف للقاضي الامام علي السغدي

تامة لانها ملزمة للقاضي القضا فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا علي شهادة احدهما جاز ان يشهدا علي الاخر
ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا علي قضيات كثيرة بخلاف امراتين لان النصاب لم يتم وشطر العلة لم يثبت به
شي لان المراتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد احد الاصلين علي صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم
الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيا لان معني الاصالة تقتضي مشاهدة الحق ومعني الفرعية
تقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا
واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته علي شهادة صاحبه
لا يثبت ثلثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد الاصلين
اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي
لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد علي الشهادة رجل وامراتان لتمام النصاب وكذا
لا يشترط ان يكون المشهود علي شهادته رجلا لان للمراة ايضا ان تشهد علي شهادتها رجلين او رجلا وامراتين
ويشترط ان يشهد علي شهادة كل امراة نصاب الشهادة لما بينا قال ولا تقبل شهادة واحد اي لا يقبل
شهادة واحد علي شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه قال والاشهاد ان يقول اشهد علي شهادتي
اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذا صفة الاشهاد ولا بد منه او ما يقوم مقامه لانه كالنايب عنه فلا بد من
التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الي مجلس القضا ويحصل ذلك بما ذكر هنا
ويقول له عند التحمل اشهد علي نفسه ان شا وليس بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده علي نفسه
ولو قال اشهد اني سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت علي شهادتي بذلك او قال اشهد ان لفلان علي فلان
كذا فاشهد انت علي شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود ولا يقول اشهد علي بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل
ان يكون الاشهاد علي نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان
يكون امرا ان يشهد مثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد علي الحق وهو كذب قال واذا الفرع ان يقول
اشهد ان فلانا اشهدني علي شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد علي شهادتي بذلك وهذا
صفة ادا الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ اطول
منه واقصر وخير الامور اوسطها فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني علي شهادته
انه شهد ان فلان بن فلان اقر عنده واشهده علي نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد علي شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا ففيه ثماني شينات او يقول اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا و
اشهدني علي شهادته بذلك وانا اشهد علي شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكر في المتن فيه خمس
شينات والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد علي شهادته ان لفلان علي فلان كذا او انا اشهد علي
شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات او يقول اشهد علي شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير
ذكر محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر وشمس الايمة السرخسي رحمهم الله وهو
اسهل وايسر واقصر وروي ان ابا جعفر كان يخالفه فيه علما عصره فاخرج لهم الرواية من السير فانقادوا اليه
قال ولا شهادة للفرع الا بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق
بهذه الاشيا والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الي مجلس الحكم لان ادا الشهادة فرض فلا يسقط الا
بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل غيره كيلا يتوي حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جايز وامر القاضي بالحضور
الي موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الي الحرج وربما لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج

مدفوع

مدفوع والسفر عذر ظاهر الا تري انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح
وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن
ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لادا الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد احيا لحقوق الناس
والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في ساير الاحكام والثاني وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق لان احيا الحقوق
واجب ما امكن والشاهد ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد
علي شهادته دفعا للحرج عنه واحيا لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروي عن محمد انها تجوز كيف
ما كان حتي روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع علي شهادته في زاوية اخري من ذلك المسجد
تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الايمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح ادب القاضي
للخصاف اذا شهد الفروع علي شهادة الاصول والاصول في المصر يجب ان يجوز علي قولهما وعلي قول ابي حنيفة لا
يجوز بنا علي ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البنا ان المدعي عليه لا يملك انابة غيره
مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع
ان استحقاق الجواب علي المدعي عليه كاستحقاق الحضور علي الشهود وعندهما لما ملك المدعي عليه انابة غيره
مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الي مجلس الحاكم قال فان عدل لهم الفروع صح لان الفرع
من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ
شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته علي نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو
مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد بعدم شهادة صاحبه بل يقبل بغيره اخر معه وان اتفق الرد فهي انما ترد
لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديله صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال
وان لم يعدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسوال غير الفروع عن الاصول لان الماخوذ علي الفروع النقل
دون التعديل ولانه قد يخفي عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا احضروا بانفسهم
وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة
بدون العدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضي بشهادتهم وان عرف احد الفريقين
بالعدالة دون الاخر سال عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في
ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين
ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم او لا نخبرك بحالهم قال وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل
الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم علي شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جا الفروع
وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع
لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال ولو شهدا علي شهادة
رجلين علي فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجا بامراة فقالا لا ندري اهي
هذه ام لا قيل للمدعي هات بشاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي
ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهد وابيع
محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا علي الخصم لا بد من اخرين يشهدان ان المحدود بتلك
الحدود في يد المدعي عليه ليصح القضا به وكذا اذا انكر المدعي عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود
ما في يده فلا بد من شاهدين اخرين ليشهدا ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذا

بلغ مقابلة علي خط المصنف رحمه الله تعالي

كتاب القاضي الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على
فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك
النسبة فلابد من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق
بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لابد من اثنين
على كل اصل على ما بينا قال ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها اي لو قال الشاهدان
في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبها الى فخذها وهو
الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة
والنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان
اخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة اخر الكل
فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل
خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان
القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون
العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية ٥
والمصرية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان
يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد فذكر الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال
ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة وقالا يوجع ضربا ويحبس
وهو قول الشافعي اتصل بشهادته القضا او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس
فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة ٥
الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وساله رجل عن الكبائر
فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه
التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين
سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه
ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا
هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة في الفتوى
وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ايمة التابعين فحكمه حكم الصحابة
حتى روي عن ابي حنيفة انه نقلدهم وعدهم فقال مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من ٥
التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فانه كان
قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفا فيكون فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو بمحضر منهم فيكون
تقليده تقليدا لهم ضرورة وما روي عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبيد في القذف وبدليل
تسخيمه وهو مثلة لم تجز بالاجماع وكذا لم يقولوا به لنهيه عليه السلام عن المثلة ولو في الكلب العقور ولان الضرب
الشديد والتسخيم ممنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله انه يشهر
عندهما ايضا وقال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب وهذه المسلة على ثلثة اوجه احدها ان يرجع على سبيل التوبة
والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث

ان لا يعلم رجوعه باي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد زورا تصريح بانه انما يجب التشهير
او التعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال غلطت او نسيت
او اخطات او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة والدعوى او بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندري
من هو الكاذب منهم المشهود له او الشاهدان او احدهما وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد الى الكذب ولا
يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات ولا تهمة في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه
موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص او موته ثم جا المشهود بقتله او لموته حيا لتيقننا ٥
بكذبهم والرجال والنسا واهل الذمة في شاهد الزور سوا وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا
تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار
مدة التوبة فقدرها بعضهم بستة اشهر وبعضهم بسنة والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان عدلا او
مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا تعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه
يفتى فتلخص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها انواع اما معنى في الشاهد
وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية
واما الدليل شرعي وهو حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان باربعة شهدا دليل
كذبه بقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهدا فاولئك عند الله هم الكاذبون والله اعلم بالصواب كتاب
الرجوع عن الشهادة اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه
وقال عليه السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا وقال عليه السلام الشاهد بالزور
لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملايكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه خطا
او عمدا يجب عليه ان يتوب والتوبة عنها لا تنفع الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الا الاستحيا من الناس وخوف اللايمة لان
الاستحيا من الخالق اولى من الاستحيا من المخلوق وفيه تدارك ما اتلف بالزور ولان رجوعه مقبول في حق نفسه
وان لم يقبل في حق المدعي ثم ركن الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت وشرطه
ان يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضا التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله ولا
يصح الرجوع الا عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم اي حاكم كان كالفسخ
في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة
توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية
فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو اقام المقضي عليه
بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير القاضي او طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا الا
ما اذا اقر انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان اقر برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في
الحال وبخلاف ما اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض اخر غير الذي كان قضى بالحق حيث يقبل هناك بينته لانه
ادعى رجوعا صحيحا قال فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها لان كلامهما متناقض والقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض
ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيا على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضا
فلم يتلفا على المدعى عليه شيا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على اصل العدم
على ما كان غاية الامر انه فات لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا
ان يشهدا ابتدا ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان

ولا معرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان يجرحا ولان المدعي علي دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه
ولا يتوي ولين توي فهو مضاف الي عجزه لا اليهما قال وبعده لم ينقض اي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم
لم يفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا حكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما مستويان في الدلالة علي
الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضا به فصار نظير ما لو شهدا ان عمرا قتله بكر بالكوفة وشهد اخران انه
قتله بمصر فانهما قبل القضا يردان وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضا به ولانه لو نقض لادي الي النقض الي ما لا
يتناهي برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخير الي غير نهاية قال وضمنا ما اتلفاه للمشهود
عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان التسبيب علي وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البير ووضع
الحجر علي الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة
قلنا ايجاب الضمان علي القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشرا الا انه ملجا من جهتهما فان القضا واجب عليه بعد لا يمكن مع
ظهور عدالتهما حتي لو امتنع ياثم ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضا
مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاوه من المدعي لان الحكم قد مضي فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة
الحكم الي صاحب العلة كوضع الحجر علي الطريق ومن العجب ان الشافعي يوجب القصاص علي شهود القصاص اذا رجعوا
بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وامر الدم اعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول
ان القاضي ملجا ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا تناقضتم قولكم فانكم اوجبتم علي
الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزا الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة
فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر يعتبر
فكانت شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا تري ان القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب
والخطا اقوي من التسبيب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبيب فاولي
ان يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا وهذا اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله
لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود
به دينا فكذلك وان كان عينا يجب علي الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زال
ملك المشهود عليه عنها بالقضا الا تري ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين
لا يزول ملكه عنه حتي يقبضه فلو رجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب الدين وفي العين
يتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي
حنيفة وابي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالو دبعة فانه لو
اودع العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن للمودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق
بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابراه من الدين او حله او تصدق عليه به او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال
المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص
ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي قال فان رجع احدهما ضمن النصف والعبرة
لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقا من يقوم بكل الحق
بان بقي النصاب وفي هذه المسلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يبقي الحكم ببعض
العلة فوجب ان لا يبقي به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقي الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتدا كالحول المنعقد علي
النصاب وان لم ينعقد به ابتدا قال فان شهد ثلثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من يبقي بشهادته كل الحق

لان شهادة

لان شهادة شاهدين يكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا بهما والاستحقاق
يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للاول شيا فكذا هذا قال وان
رجع اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد فيبقي ببقايه نصف الحق ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف
كان مضافا الي الباقين لهذا لم يضمن شيا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الي المجموع الا انه عند رجوع الاول
لم يظهر اثره لمانع وهو بقا الشاهدين فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف
اذ ليس احدهما باولي من الاخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلثة وليس لواحد منهم ان يقول لا
يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان برجوع غيري قال وان شهد رجل
وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع لبقا ثلثة الارباع ببقا رجل وامراة اذ الرجل وحده بالنصف قال
وان رجعتا ضمنتا النصف لانه ببقا الرجل بقي نصف الحق وعلي هذا لو شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة
فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امراتان فلا شي عليهما وهو ظاهر قال وان
شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من يبقي بشهادته كل الحق وهو الرجل والمراتان قال
فان رجعت اخري ضمن ربعه لانه ببقا الرجل والمراة بقي ثلثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة
قال فان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه علي الرجل وخمسة اسداسه علي النسوة وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما علي الرجل النصف وعلي النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته
نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا
بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النسا فاذا ثبت نصف الحق بشهادته تعين ذلك عند الرجوع والنصف الاخر
ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد قال عليه السلام
في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند
الاجتماع مع الرجال الا تري ان كل اثنتين منهن في الميراث يقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان
فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشر
دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقي به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل
وحده عليه نصف الحق لبقا من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلي الرجل نصف
الحق ولا شي علي النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النسا من يثبت بشهادتهن نصف
الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا
وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب علي المراة شي
وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض
الشاهد فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا
فعندهما علي الرجل النصف وعلي النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلثة الاخماس علي الاصل الذي
تقدم ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب علي المراة شي وعنده عليه وعلي الراجعة
اثلاثا علي ما تقدم قال وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا سوا كانت هي المدعية
او هو ومراده بقوله عليه او عليها ان المشهود عليه اتلفا عليه شيا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف

فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم واتلفا عليه المال المتقوم لمقابلته فوجب ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه قال وان زادا عليه ضمناها اي ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل فحكمه انهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعدله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه فقضي بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو شهدا عليه انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمس ماية وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضي بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفا لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضا بالنكاح مع قبض المهر قضا بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضا بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضا به فلم يقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من ان المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضا ومقتضي المذهب ان لا يجب شي على ما بينا وهو ان منافع البضع غير متقوم عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمراة الفا لانهما لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفا لان الالف قد تقرر عليه بالقضا بالنكاح ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعي على امراة انه تزوجها على ماية وقالت تزوجني على الف وذلك مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعي وقضي له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسع ماية في قول ابي حنيفة ومحمد ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو بنا على مسلة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضي لها عليه بالف فاتلفا عليها من ذلك تسع ماية فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيئا وهذا يبين ان المراد بقوله الا ان ياتي بشي مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته بماية واجر مثلها مايتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي المستاجر والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والاخر ينكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم يضمناه قال ولم يضمنا في البيع الا ما نقص يعني اذا شهدا على البايع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر اتلفا عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار الشرط للبايع او كان باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبايع لا يزيل ملك البايع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تاخر حكمه وهو

زوال

زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوايده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا لان البايع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له ان يرجع على الشهود لانه اتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى المسبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضي به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضا بقبض الثمن فقضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضا ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنان فعلى هذا ان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضي به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضا بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضا بالقبض والقضا بالشي اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضي به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضا بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضا بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشرا فقضي به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعني على ما بيناه وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزايد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشرا بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البايع قال وفي الطلاق قبل الوطي ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط المهر به وللتاكيد حكم الايجاب فصار كانهما اوجبا عليه الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزا ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب وللتقرير حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معني الفسخ فلا يوجب شيا اذا لم يكن من جهته وهما باضافة الفرقة اليه الزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بمسلتين ذكرهما في التحرير احداهما امراة لها على رجل الف درهم موجل فشهد شاهدان انه حال فاخذت منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان موجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو ان رجلا قتل امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشي بانتهايه يتقرر والدين الموجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يوكدا بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها ويقضي به ديونها فلا يسقط فبطل السوال من الاصل والابن اذا اكره امراة ابيه فزنا بها يلزم اباه نصف المهر ثم يرجع على الابن لان الابن باكراهه اياها الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قايمون مقامه ولم ترث لوقوع الفرقة بالقضا قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة نصف الصداق والميراث لان المهر كان موكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا موكدا من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي قال ولم يضمنا لو بعد الوطي يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضي بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة

لتقرر حكم الايجاب (?)

والشي بانتهايه يتقرر (?)

بلغ مقابلة على نسخة المصنف من خطه

ا يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا اقتلها قاتل
يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المراة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم
الا يرى انه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لانه انما خروج من
ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك
الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفا منافع البضع الا ترى انه ليس له ان يضمن المتلف بالوطي شيا حتى
لو وطيت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له ولكان له ان يزوجها من انسان كملك اليمين
ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا واما عند دخوله
في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا
من الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل
يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تتملك على الزوج شيا لكن يسقط عنها ملك الزوج الا ترى
ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شي منه عند الازالة ولكونه غير متقوم
حالة الخروج دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها من زوجها وله ان يزوج ابنه الصغير على
ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال وفي العتق ضمنا القيمة
اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية
العبد من غير عوض والولا للذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولا ولا يمتنع
وجوب الضمان عليهما بثبوت الولا للمولى لان الولا ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه السلام الولا لحمة كلحمة
النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين
او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد
ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة
الاقارب ولو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا للعبد
حق العتق وبذلك تنتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو
لم يكن له مال سواه عتق ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع
قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما
حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها
لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص
لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يودي ما عليه كما كان قبل رجوعهما فاذا ادى
عتق والولا للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاداوه
اليهما كادائه الى المولى ويطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا
بالفضل وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ من
الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب المدبر فابق عنده فضمنه المولى
قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب ما اخذ منه فكذا هذا ولو اختار المولى ان يتبع
المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك
ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه على وجهين اما ان يكون الرجوع هنا حال

طع

حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها
فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة فقوتا عليهم هذا
القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لاتلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال
حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما كان عبدا له فقوتاه عليه
ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيا ويرجعان على الولد بما
قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيودى
من تركته ان كانت له تركة والا فلا شي على الابن لان من اقر على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شي
وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان
على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا ولا يرجعان بما اخذ منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما
فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذ الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى
فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في
الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على
الولد هنا بما اخذ منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يتقدم على الارث
وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما اتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيا للمولى بخلاف المسئلة الاولى
هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها فقضى بشهادتهما ثم
رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما
اخذ الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما اخذ الولد من التركة
والفرق بينهما ان الشهادة في حالة الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه
الاب فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فيكون اتلافا له
فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال وفي القصاص الدية ولم
يقتصا اي فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا
تجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لانهما تسببا لقتله فصارا كالمكره بل اولى لان الولي
يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة افضى الى القتل واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا لقتله
وليسا بملجئين اذ المولى بالخيار ان شا قتل وان شا عفا بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص
كحفر البير ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم
يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم
الحاكم واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المسبب كدلالة
السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء
لان الملجا هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيوثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد
ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير به ملجا لان كل احد يغنم
الطاعة خوفا من العقوبة في الاخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولي يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج
في العفو بل هو مندوب اليه فكيف يتاتى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يوثر حياته فيقدم على القتل
فينسب الفعل الى المكره والمكره كالالة له ولان اقل احواله ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية

القاضي صح

لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي معهما اوجا المشهود بقتله حيا فا لولي بالخيار ان شا ضمن الولي الدية وان شا ضمن الشاهدين لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن لا يرجع علي صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما ان يرجعا علي الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطا فقضي بها واخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه اخر فهلك عند الثاني واختار المولي تضمين الغاصب الاول فضمنه فلل[غاصب] ان يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولي وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتي ملكه الولي وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا علي ان نعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين علي مس السما ينعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لما كان الاصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للولي القيمة كان لهم ان يرجعوا بها علي المكاتب وان لم يملكوا منه شيا ولابي حنيفة ان الشهود ضمنوا الاتلاف لانهم المشهود عليه حكما والتلف لا يرجع لما ضمن بسببه علي غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشرة الا تري ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع علي غيره واما في الخطا فلانهما ه فانهم ح يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد اتلفه القابض بصرفه الي حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم علي ان يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص في الضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان قتله شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوي من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان ملكا حقيقة لكان تضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له ان يرجع بالمبدل لذلك قال وان رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف الي شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع علي شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفروع او بقولهم اشهدناهم وغلطنا لان القضا وقع بشهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضا به ولا يلتفت الي كلامهم بعد القضا بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضا حيث لا يقضي به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الي مجلس القاضي فيحصل القضا بشهادة الاصول فلهذا يعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم علي شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة والي يوسف رحمهما الله ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القضا ولهذا اختص الرجوع به بنا عليه للتناسب ولا نقول ان الفروع نايبون منابهم في نقل شهادتهم الي مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن ادا الشهادة كان عليهم الادا اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نايبين من الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون علي ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم علي شهادتهم فصار كما لو شهدوا علي نفس الحق وعلي هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم علي ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك

عنزي

عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان علي المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نايبون عنهم ونقلوا شهادتهم بامرهم فيخير في تضمين اي الفريقين شا والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول علي اصل الحق وشهادة الفروع علي شهادة الاصول او نقول احدهما اشهاد والاخري ادا الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف ثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع ولو نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان علي سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي علي وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم ياثم وكذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان ادا الفروع منقول الي الاصول لان الفروع مضطرون من جهة الاصول الي الادا بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الادا اثموا فصاروا نظير القاضي لما الجاه الشهود الي القاضي نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادي لا يرجع علي صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع علي غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال ولا يلتفت الي قول الفروع كذب الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضي من القضا لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا علي غيرهم بانهم كذبوا قال وضمن المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا علي الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا علي المشهود عليه بان شهدوا علي احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا علي الشهود فصاروا في المعني كشهود الاحصان ولابي حنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيا بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النسا بخلاف التزكيه لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الي الشهادة ولهذا لا يجوز ان تكون النسا مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا يصلح للشهادة فيها ولولا اضافته الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التاثير هو المعتبر والعلة موثرة في اثبات الحكم وكذا علة العلة موثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بموثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد اوفي حقها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للاخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين ومعني المسلة ان يشهدا بتعليق العتق بشرطه او بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم يرجعا عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ ذلك التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا

فاذا وجد الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع **قال لا شهود الاحصان**
والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيها خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو
يقول ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة
صلح علة الا يرى ان حافر البير يضمن عند عدم من يلقي والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة
وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان توجد العلة بصورتها ويتوقف على صيرورتها علة على وجود الشرط
كتعلق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت على صيرورتها علة
على وجود الشرط وهنا لو زنا ثم احصن لا يرجم ولكن اذا زنا وهو محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة
فلا يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المحض واما شهود الشرط فلا يخلوا اما ان
يرجعوا وحدهم او مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر يضمنون لان
التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت
حر او انت طالق والاخر ان اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى العلة
حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود
الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم تعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار
علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها فجاز ان تخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في
الزيادات واليه مال شمس الايمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد شاهدان بالتفويض
وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض سبب والله اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

الوكالة الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسما الله تعالى ولهذا قلنا فيمن
قال وكلتك بمالي يملك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله
توكلنا اي فوضنا امورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي
فوضه اليه واعتمد به عليه والوكيل القايم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله
عليه وسلم حكيم بن حزام بشرا الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى
المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز
عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج
والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او هويت او احببت او رضيت او شئت او اردت ولو قال
لا انهاك عن طلاق المراة لا يكون توكيلا **قال** رحمه الله **صح التوكيل** لما بينا من الادلة **قال وهو اقامة**
الغير مقام نفسه في التصرف اي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما
يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه من قبل **قال ممن يملكه** اي ممن
يملك التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر
على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على
قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان تكون حاصلة بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل
مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال
ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشيا بعارض النهي
ولا بد ان يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام

لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما **قال اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او عبدا محجورا** يعني
يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا عليهما
والمراد ان يعرف ان الشرا جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد
بذلك ثبوت الحكم او الربح لا الهزل لان الوكيل قايم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة ليكون
قادرا على التصرف وذلك بالعقل **قال بكل ما يعقده بنفسه** اي يجوز التوكيل بكل شي جاز ان يعقده بنفسه
لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لان المراد به ان يعقده
بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بامر الامر وكذا لا يرد جواز
توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز
ان يباشر بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل
في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف
البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة
المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امر بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعة
لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جايز
قال وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مدة السفر او مريدا السفر
او مخدرة اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط ان يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار
التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وان لم
يكن به عذر وهو قول الشافعي لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفا ولان
الحاجة ماسة اليه لان بها اذ لا يهتدي اليها كل احد ولا يرضى بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر رضي
الله عنه كان علي لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها قحما وكان اذا خوصم في شي من
امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي
ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم كساير حقوقه ولابي حنيفة
ان التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضا المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه
فصار نظير الحوالة الا يرى انه لا يوكل الا من هو الد واشد انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه
كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون
فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فانه لا تخفى
هيئة من يسافر والمتاخرون من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء من قبول
التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه
التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الايمة السرخسي ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم في
المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا اليه **قال وبايفايها واستيفايها الا في حد او قود**
ان غاب الموكل اي يجوز التوكيل بايفا جميع الحقوق والاستيفا لما بينا الا باستيفا الحدود والقصاص فانه لا يجوز
مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما
بينا وقال الشافعي يستوفي القصاص في حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه

بنفسه صح

بلغ مقابلة على خط المصنف

وفي الفتاوى الصغرى لا ينتقل الحقوق الى الموكل فيما يضاف الى الوكيل ما دام الوكيل حيا وان كان غايبا كذا في شرح المجمع لابن ملك

قال الله تعالى لمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج
الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء ولان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم
نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا اقامت وثبت الحق
فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب
والاظهر انه مع ابي حنيفة الا انه يجوز من غير عذر ولا رضا الخصم وعند ابي حنيفة لا يجوز الا باحدهما وقيل هذا
الخلاف في حالة غيبة الموكل واما حال حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل
اذا لم يكن فيه تهمة على الوكيل لما عرف في موضعه لابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل
للابدال في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة النساء
ولا من الاخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات
ايضا ولهما ان التوكيل يتناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل
فيهما كما في ساير الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة
شرط محض لا اثر لها في الوجوب ولا في الظهور اذ الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط
بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر
لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن
القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان
فيه شبهة عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة
على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به **قال والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه
كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن
والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب
الوكيل بشرائه** وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع للحكم وليست باصل والوكيل ليس
باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح
واخواته ولنا ان الوكيل اصل في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا
فقضيته ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه
نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها
والدليل على انه اصل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه
كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا تعذر
اضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق
من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن
على بايعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له في
رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية قلنا ان يمنع والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه
يعني ان الوكيل اصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يتهب ويصطاد
ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا
اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصلا في حق الحقوق جاز توكيله

فيهما لا

فيهما ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي
المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق ويلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل
جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشرا فان كان بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون
العهدة على الآمر حتى يطالب البايع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان
ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد فيه وانما يلتزم مالا في ذمته واستوجب
مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة
وفي الاستحسان تلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشتري وهنا يملك المشتري
من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من اهل التزام
الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة
من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امر ان يشتري له بالنقد فاشترى كما امر فالشرا جائز والعهدة عليه وكان
القياس ان لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان
لحقته العهدة كان له ان يرجع على الذي امر به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالمبيع فيخرج من ان يكون
متبرعا ولو امر بالشرا نسيئة فاشتراه كما امر كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك
حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة
ايضا الى ان المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد
فيتعلق بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا اعتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا يلزمه
لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو من اهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق
الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلا فيه وانتفاء اللزوم
لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المامور مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة فيعتبر عبارته ولكن



يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع
اختلافهم في تصرفاته لنفسه **قال وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار
تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها** اي في كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل
وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى
نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم
واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات اما غير
النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان اسقاطا لها
نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطي ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما
وراء الوطي فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرية تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في حق الوكيل
ثم ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء
وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب
من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتملك بطريق الاصالة وذلك
الحكم ما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص
ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير اصل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن اخواته هذا النوع العتق

ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشتري

الحرمة صح

يسقط صح

علي مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيا من مالك على ان يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشهادة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله ان يمنعه من الامر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيها **قال وللمشتري منع الموكل عن الثمن** يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شي فباعه ثم ان الموكل طلب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا **قال وان دفع اليه** اي الي الموكل **صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا** لان المقبوض حقه فلا فايدة في نزعه منه ثم رده عليه ودفع حقه ذمة المشتري لوصول الثمن الي مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الي اليتيم حيث لا تبرا ذمته بل يجب عليه ان يدفع الثمن الي الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون له الاخذ من المديون فيكون في الدفع اليه تضييع فلا يعتد به واما الموكل في مسلتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم احد عليه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضي دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما باضافة العقد الي الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابرا الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز ولا يقع ووجه البنا ان المقاصة ابرا بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل اولى عندهما كما لو ابراه معا فانه يبرا بابرا الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما ان الابرا اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا يرى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابرا ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه يقبضه بتعين ملك الامر في المقبوض اذا انسد عليه هذا الباب بابرايه صار ضامنا ماله بمنزلة الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفا عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابرا الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشرا

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلثة انواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس تمنع صحة الوكالة سوا بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشرا ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشرا فرس او حمار او ثوب هروي او مروي

او نحو ذلك فانه تجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما روي انه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشرا شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن رفعها بصرف التوكيل الي ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل رجلا بشرا فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشرا عبد او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او جلبيا او نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة **قال امر بشرا ثوب هروي او فرس او بغل صح سمي ثمنا او لا** لانه لم يبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس المثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشرا ثوب هروي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصا في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع **قال وبشرا عبد او دار جاز ان سمي ثمنا والا فلا** لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا جعل روية الوجه من بني ادم كروية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة تختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه اولى ان يجوز **قال وبشرا ثوب او دابة لا وان سمي ثمنا** يعني لو وكله بشرا دابة او ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل ان يقول الي عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فتلخص لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم ينتظم اشيا نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض الامر الي رايه فاي شي اشتراه له يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دواب او اشيا او ما شيت او ما رايت او اي شي حضرك او ما يوجد او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الي رايه وكذا لو قال اشتر لي بالف وبع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البايع قابضا للامر اولا بحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك على الشرا وكذا لو قال اذا لك ان تشتري به لما بينا **قال وبشرا طعام يقع على البر ودقيقه** اي لو وكله بشرا طعام

ينصرف الي الحنطة ودقيقها حتي لا يكون له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا ياكل طعاما ووجه الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع او الشرا يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقي علي حقيقته فيحنث باكل اي طعام كان حتي لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلي البر وان كانت قليلة فعلي الخبز وان كانت بين الامرين فعلي الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتي اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له ان يشتري الخبز له لان حاله يدل علي انه انما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما ورا النهر الطعام في عرفنا ينصرف الي ما يمكن اكله يعني المهيا للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوي واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز علي الامر لانه وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر علي تحصيل مقصود الامر بما سمي له **قال وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده** يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به **قال ولو سلمه الي الامر لا يرده الا باذنه** لان حكم الوكالة قد انتهي بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه اصيل في حق الحقوق نايب في حق الحكم علي اصح الاقوال فكان له جانبان فجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبل الدفع الي الموكل وبجانب النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا علي قولهما ظاهر لانه يملك الابرا عن الثمن فعن العيب اولي واختلف المشايخ علي قول ابي يوسف فعامتهم صححوا ابراه وفرقوا بين هذا وبين الابرا عن الثمن بان الابرا عن الثمن يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال ان يكون المشتري املي من الوكيل فاذا ابري يبقي دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابرا عن العيب لان الموكل فيه علي خيار ان شا رضي بالمعيب واخذه وان شا رده علي الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرايه ولا يسقط خياره به وهذا لان بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا الحبس الوكيل المبيع حتي يستوفي الثمن من الموكل فاسقاطه حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشتري منه **قال وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله** اي الوكيل بالشرا اذا اشتري ودفع الثمن من ماله للبايع حبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبايع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو اذن صريحا فيرجع به عليه ويحبس عنه المبيع حتي يدفع اليه لتنزله منزلة البايع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وهذا لانه لما تنزل منزلة المشتري منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكن من اخذه حتي يوفيه ثمنه كما لو كان بايعا له حقيقة فحقه ان حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بايع له حكما وهذا المعني لا يختلف بين ما اذا انقد الثمن او لم ينقد وقال زفر ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نايب عنه فيقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس للامين حبس الامانة بدين له علي صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معني البيع فيحبسه به كا

لو باعه

لو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد

[illegible]

لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه

المبيع امانة في يد الوكيل

لو باعه ايا حقيقة وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل علي الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وهذا من خصايص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز ان يكون لاحيا حق نفسه ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين في الاخرة بحبسه ان القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا حكم عليه بشي ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر علي القبض علي وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه ضرر عليه **قال فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن** لان الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فما لم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الامر فكان له ان يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس او تبين به انه قبضه لنفسه **قال وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع** يعني يهلك بالثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر هو كالغاصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنه فبالحبس يكون متعديا كالمودع بمنع الوديعة عن صاحبها وقال ابو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفا بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معني الرهن بخلاف البيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البايع او لم يحبسه تحققه ان حبسه للاستيفا بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه محبوسا من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع والدليل علي انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشايع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن موجل ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان البيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني **قال ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل** لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي او العبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم تتوجه عليه المطالبة في حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل العقد بشرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة جعلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الي المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الي خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقا المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وعزاه الي وكالة المبسوط والطلاق واطلاق ساير الكتب دليل علي ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الي ان التوكيل فيهما جايز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به كساير انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف يجري علي اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال يبقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه الي الامر علي وجه التمليك

يكون ح

لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع

بلغ مقابلة وتصحيح علي خط المصنف

منه كان تبرعا قال ولو وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف ان هذا خلاف الى خير لان المامور به صرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول لحما يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم ووجه الاول انه امره بشرا عشرة ولم يامره باكثر منه فينفذ الزايد عليه والعشرة على الامر بخلاف ما استشهد به لان الزايد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة واشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على اجزايه على السوا وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حصتهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة لانه لا يكون موافقا مثله عنده هنا كما اذا امره ان يطلق امراته واحدة فطلقها ثلثا حيث لا يقع شي عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيها شرط لانا نقول ذاك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين فينفذ العشرين وينفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال ولو وكله بشرا شي بعينه لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصور ان يشتريه بل لو اشتراه ينوي بالشرا لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غايب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للامر ما لم يصرح به للمولى انه يشتريه فيهما للامر مع انه وكيل بشرا شي بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب ان شا الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشرا الداخل فيها شرا مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شي اتى به لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلقات الا الذات دون صفاته فتناول الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الامر في جنس الثمن او قدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شا الله تعالى ولو وكله رجل اخر بان يشتري له ذلك الشي بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشرا لنفسه فاولى ان لا يملك الشرا لغيره قال فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غايب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه وصار المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا امكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غايبا بخلاف الوكيل بالطلاق او العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشي بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشرا بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل

فلا يعني

ذلك بنفسه من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا فيما ذكرنا قال وان كان بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشرا للموكل او يشتريه بماله المراد بقوله او يشتريه بماله ان يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه اما ان يضيف العقد الى ثمن معين او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشرا الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة وديته تمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا او موجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالة على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا او يجري على عوايده وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينو انه للمحجوج عنه وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد ان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشرا فيما اذا تصادقا على ان النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف في السلم لان للنقد فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشرا ففرق هذا القايل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان موجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن موجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال وان قال اشتريته للامر وقال الامر لنفسك فالقول للامر وان كان دفع اليه الثمن فللمامور معناه امره بان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال المامور اشتريته لك عبدا وقال الامر اشتريته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمامور وهذه المسئلة على ثمانية اوجه اما ان يكون مامورا بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشرا او ميتا فان كان مامورا بشرا عبد بعينه فان اخبر بشرائه والعبد حي قايم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة وكذبته فان القول له وبهذا وقع التفصي عن الولي اذا اقر

الوكيل اذا اقر على موليته بالنكاح

على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاه شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود بخلاف الشرا فانه يقدر على انشائه شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس بمحل لانشا العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الامر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا فالقول للامر عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للامر تبعا وكم من شي يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك الثمن حال غيبة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشا بان كان ميتا فالقول للامر وان كان يملك الانشا فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للامر قال وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم انكر الامر اخذه فلان اي رجل قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلانا امره فقال فلان انا امرته فانه ياخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال الا ان يقول لم آمره به الا ان يقول فلان المشتري له لم امره بالشرا حينئذ لا ياخذه بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشرا اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشتري له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشتري له واخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قال وان امره بشرا عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن او اقل او بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشرا ليس له ان يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي حنيفة على ما يجي من الفرق بينهما وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجي وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شرا احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال وبشرائهما بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة اي لو وكله بشرا العبدين بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصف الالف او اقل جاز الشرا او باكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سوا فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشرا كل واحد منهما بخمس مائة ضرورة فالشرا بخمس مائة موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل ان

مختصما

ومن وكل رجلا بشرا عبد فاشترى حيث يحتمل

تخييرا صح

التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد بيع المعاطاة

الوكيل بالشرا ليس له الشرا بغبن فاحش بالاجماع

المطلق يحمل على المتعارف

قوله ثم استهلك العين لفظ صاحب الهداية بعينه قال صاحب النهاية في شرحه انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وحاوي قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشرا بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما كذا في الكفاية

مختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمس مائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشرا بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه قال وبشرا هذا بما له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المامور اي لو كان له دين على شخص فوكل الداين المديون بان يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشرا عبد غير معين فاشترى لا يكون للامر بل ينفذ على المامور حتى لو مات عند المامور مات من مال المامور والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر في الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمديون اسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف ما كان وكذا الوامر بان يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا او دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشرا ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سوا كما في غير الدين حتى اذا وكله بان يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البايع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجر دابة وامر المستاجر ان يشتري بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البايع او المبيع متعينا ولابي حنيفة ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شيت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البايع اولا قابضا له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين للبايع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير يتنصب نايبا عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شي علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح واما مسئلة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولين كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فاقيم الحمام مقام الموجر في القبض واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشرا به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت او عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذا لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشرا فيعتبر بالشرا وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمديون بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر له للمجهول فكان توكيلا للمديون بالتمليك في الاسلام والشرا والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشرا على المامور حتى اذا هلك بعد القبض هلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه فح ينعقد البيع بينهما

بعني صح

الوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البايع والمبيع متعينا

النقود تتعين في الوكالات

تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز

تخيينا صح

بالتعاطي فيكون للامر **وبشرا امة بالف دفع اليه فاشتري فقال اشتريت بخمسماية وقال المامور بالف فالقول للمامور** ~~اي وكله بشرا امة بالف دفع فاشتري فقال اشتريت بخمسماية وقال المامور بالف فالقول للمامور~~ يعني اذا كانت الامة تساوي الفا لانه امين ادعي الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه حق الرجوع بخمسماية والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوي خمسماية لا يلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر تناول امة تساوي الفا فينفذ على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين ان يشتريها بالف او بخمسماية لما ذكرنا انه خالف **قال وان لم يدفع فللامر** اي ان لم يدفع الامر الالف الى المامور والمسلة بحالها كان القول للامر وتلزم الامة المامور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسماية ظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جري بينهما مبادلة حكمية على ما بيناه من قبل ثم اذا حلفا ينفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المامور لانفساخ ملك الامر بالفسخ **قال وبشرا هذا ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البايع وقال الامر بنصفه تحالفا** ~~اي وكله بشرا هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البايع وقال الامر بنصفه وهو ... تحالفا~~ لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما في المسلة الاولي وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد في الحال وفي المسلة الاولي هو غايب فاعتبر الاختلاف والي هذا مال الفقيه ابو جعفر وقال قاضي خان وهو الصحيح ومال ابو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البايع لا يعتبر لانه ان استوفي الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي من الامر فلا مدخل له بينهما وقال في الهداية وهو الاظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول للمامور مع يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفي بذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين المدعي دون المنكر اذ ذلك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الامر لكونه منكرا فكان ياخذ المبيع بما ادعي من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكر المشايخ رحمهم الله الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعني لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور مع يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف وان اختلفا فيه فقال الامر امرتك ان تشتريه لي بخمسماية وقال المامور امرتني بالشرا بالف فالقول قول الامر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المامور لمخالفته فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا **قال وبشرا نفس الامر من سيده بالف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاوه لسيده** اي لو وكل العبد رجلا بشرا نفسه من سيده بالف والامر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشرا انا اشتري عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاوه لسيده وان قال الوكيل اشتريه ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذ من العبد ودفعه الى المولي كان للمولي فيهما مجانا ويجب على المشتري او على المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البايع معتقا فيلزمه الولا والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا يرجع الحقوق اليه واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولي انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولي ولعله لا يرضي به لما فيه من لزوم الولا ومعقل جنايته فلا يكون الشرا للعبد بخلاف الوكيل

كغيره

بلغ مقابلة على خط المصنف

من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان يبين المولي انه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتي تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الي البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولا ولا تتعلق فيه الحقوق بالوكيل والاخر بيع واحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه باحدهما علي الرضي بالاخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولي لانه كسب عبده وعلي المشتري او علي العبد اذا اعتق الف مثلها ثمنا او بدل العتق لان الادا قد بطل لاستحقاق المولي ما اداه لجهة اخري وهو انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشرا وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولي بالثمن علي الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق يقع والمال علي العبد دون الوكيل وذكر في وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال علي الوكيل لان توكيله بشرا العبد للعبد كتوكيله بشرايه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معني البيع حقيقة ولهذا لا يستغني عن اضافته الي العبد الامر له فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الامر كما اذا كان الامر ببيع نفس العبد من العبد هو المولي حيث يكون الطلب بالبدل الي المولي دون الوكيل لما قلنا **قال وان قال العبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان ففعل فهو للامر وان لم يقل لفلان عتق** اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولي علي هذا الشرط كان العبد ملكا للامر وان اطلق العبد بان قال بعني ولم يقل لفلان عتق واصله ان العبد يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشرا باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البايع لا يملك حبس العبد حتي يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشتري الوديعة لا تكون للبايع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا اضاف العقد الي الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشرا الي نفسه بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشرا شي معين فوجب ان لا يجوز له شراوه لنفسه لانا نقول اتي بجنس اخر من التصرفات لان بيع العبد من نفسه اعتاق علي مال وشراوه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشرا شي معين ينفذ عليه عند المخالفة علي ما بينا من قبل وان اطلق بان قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقي التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل علي الحقيقة عند التردد اذ الحمل علي الحقيقة هو الاصل باتفاق العلما لانا نقول الاصل ان الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الي عرف المولي فانه لما اختلف التصرفان فالظاهر ان المولي يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره علي اضافته الي العبد دليل عليه ولا يرضي لخروجه عن ملكه الا الي الحرية ليثبت له الولا عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشرا له فظاهر واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو علي الامر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشر مقترنا باذن المولي ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقول المولي بعت ولا يحتاج فيه الي قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق فيستبد به المولي بناء علي ان الواحد يتولي طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولي طرفي العقد في البيع

فصل

قال والوكيل بالبيع والشرا

بلغ مقابلة وتصحيحا على خط المولف

لا يعقود مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد واحد الزوجين للاخر وعبيده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع
منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملكه ملكه له وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز
فيكون بيعا من نفسه او تمكنت شبهة وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه الله ان مواضع التهم مستثناة عن
الوكالات وهذا من مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم
وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى
ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل
القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل فيجوز فيهما البيع لهم بمثل القيمة فعلى
هذا الثاني يمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل فاما اذا اطلق له بان قال الموكل بع ممن شئت فيجوز بيعه لهم
بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف
وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع
المضارب وشراؤه ممن لا يقبل له شهادته على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق
الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احداهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال
ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعروض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير الى اخره وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم
حالة او الى اجل متعارف لان مطلق الوكالة تتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل بها
بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او موجلة باجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي الفا بعشرة
الى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشرى الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من
تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا
يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشرى والبيع بالعرض شرى من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر
بالبيع ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة
المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعرض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه
ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر
من العرض فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة
واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملك الاب ولا الوصي لان ولايتهما مقيدة بشرط
النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل
بالشرى يتهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم
والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول ابي حنيفة والمقايضة بيع من كل وجه شرى من كل وجد لان كل واحد منهما
يبيع ماله ويشتري مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشرى لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل
بشرى شيء بعينه حيث لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراه لنفسه لانه بالمخالفة فيه
يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه باكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة
قال وتتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين اي

تتقيد

تتقيد شرى الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة ما قد ذكرناه
وفرق اخر ان الامر بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشرى ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه
وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على اخص الخصوص وهو الشرى بالنقد وبمثل القيمة فتقيد بهما ولان
اعتبار الاطلاق في الشرى غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة
فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا وكذا ليس له ان
يشتري بمكيل او موزون غير النقدين دينا في الذمة لان التوكيل بالشرى يتقيد بالمتعارف وهو الشرى بالنقدين
وقال زفر له ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لانه شرى من كل وجه اذا الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان
معينا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة
تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه
لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة
وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة
في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر فيعفى على التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي
النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكر صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن اليسير ايضا
وليس يشيء هذا كله اذا كان سعر غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا كان معروفا
كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه
صح وهذا عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومفترقا فصار كما لو وكله ببيع
المكيل والموزون لانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب وتنتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق
فلا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من
يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعد بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر في
تبعيضه ولا تنقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان
والقياس ما قاله ابو حنيفة قال وفي الشرى يتوقف ما لم يشتر الباقي اي في الوكيل بشرى العبد اذا
اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع لان
لان شرى البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراه كله دفعة واحدة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشرى تبين انه وسيلة
فينفذ على الامر وان لم يشتر حتى رد الشرى نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابي حنيفة رحمه الله على
ما بينا والفرق له بينهما ان الشرى تتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف
ملكه فيصح فيه اطلاقه والامر بالشرى صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف
على شرى الباقي ولا يقال ان الشرى لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول انما لا
يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد واما اذا لم يجد فيتوقف كشرى العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير اذن
فانه يتوقف على اجازة من اشتري له لانه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شرى النصف لا ينفذ على الوكيل
لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الامر لانه لم يوافق امره من كل وجه
فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الامر والا لزم المامور ولا فرق فيه بين التوكيل بشرى عبد بعينه

الغبن اليسير

فيعتبر صح

او بغير عينه فلو اعتقد الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف ولا ينفذ عتق المامور وعند محمد بالعكس لانه قد
خالف فيما امر به واما توقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري
بقي مخالفا فاذا اعتقد الامر لم ينفذ وابو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجاز صريحا
نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل
شراه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكر في النهاية معزيا الى الايضاح قال ولو رد
المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة او نكول رده على الامر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسة المبيع فلزم الامر واقرار ليس بحجة على الموكل وانما يرده عليه اذا رد عليه
باقرار بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة
والنكول فحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزايدة والاصبع الزايدة او يكون حادثا لكنه لا يحدث
مثله تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان
حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البايع وتاويله
اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى
هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها
حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة
او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل
يكون ردا على الموكل وان رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة
فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة او بنكوله وان رده عليه
باقرار برضاه من غير قضاء فليس له ان يرده على الموكل لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف
ما اذا رده عليه باقرار بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية
فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل
ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث
او كان حادثا الا انه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقرار بغير قضاء لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل
في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع انه يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا
يكلفه القاضي على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا
الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل يثبت حقه اولا في وصف
السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب او بزيادة حدث فيه ينتقل الى الرجوع
بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين
تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم
قال وان باع نسيئة فقال امرتك بنقد وقال المامور اطلقت فالقول للامر اي الوكيل بالبيع باع نسيئة
فقال له الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه مطلقا او لم يقل شيئا كان القول قول الموكل
لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس او الثمن الا ترى انه لو قال وكلتك ان تشتري
لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة
الامر كان القول له كما اذا انكر الامر اصلا قال وفي المضاربة للمضارب اي باع المضارب نسيئة فقال رب المال

امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى
انه يملك التصرف المعتاد من شرا وبيع وابضاع وتوكيل واستيجار وايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة
على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما ه
فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شايبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسيئة الى اجل متعارف
عندهما والى اي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد باجل متعارف بين التجار على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى
قال ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع او كفيلا فتوى عليه لا يضمن اي الوكيل بالبيع لو فعل ذلك لا يضمن لانه اصيل
في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ولان قبض الرهن كقبض الثمن
من حيث انه قايم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملكه
اخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الامر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا
انه اصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على
حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لان المراد هنا توى مضاف
الى اخذ الكفيل بحيث انه لولم ياخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى الذي ذكر هنا غير مضاف الى اخذ الكفيل بدليل
انه لولم ياخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه
مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى
مضاف الى اخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل
بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا قال ولا يتصرف احد الوكيلين وحده
لان الموكل رضي برأيهما لا براي احدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان
وفي اختيار البايع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما ه
بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير عوض او لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما
ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي براي كل
واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث
لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة
والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا
وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والاخر عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا
ولو باع احدهما بحضرة صاحبه فان اجاز صاحبه جاز والا فلا ولو كان غايبا فاجاز لم يجز في قول ابي حنيفة وان
مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برايه وحده الا في خصومة وطلاق وعتاق
بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لان هذه الاشيا لا يحتاج فيها الى الراي والخصومة ان كان يحتاج فيها الى الراي
لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لانه يودي الى التلبيس على القاضي والى الشغب والراي يحتاج اليه
سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه الخصومة
وهو ساكت فايدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الراي الا اذا قال طلقاها ان شيتما او جعل امرها
بايديهما فيكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق
بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق

الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم

ولكن بتغيير وكالة لانها المضاربة يعتبر ان شركة في الاخذ اذا ربح ه

الوكيل بقبض الدين لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل

احدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلثا فطلقها احدهما طلقة والاخر طلقتين لا تقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الي الراي ه
فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باسترداده حيث لا يكون لاحدهما ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه
ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك
اذ امر تناولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مامورا في حالة الانفراد بقبض شي منه وقضا الدين مثل رد الوديعة وقضاوه
مثل استرداد الوديعة **قال ولا يوكل وكيل الا باذن او باعمل برايك** اي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا ان
ياذن له الموكل او يقول له اعمل برايك لانه رضي برايه ولم يرض براي غيره لان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به ه
فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملكه ه
الموكل ولا نهيه عنه ويملكها فيما نحن فيه فلا يملكها التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا
عن الموكل حتي لا يكون للاول ان يعزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث
لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزل بموته
والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هو او ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه
فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه **قال فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته او باع اجنبي فاجاز صح** اي
ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول او عقد اجنبي فاجازه الوكيل الاول جاز
فيهما لان مقصود الموكل حضور رايه وقد حصل به وكذا لو عقد الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان
المقصود وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول
المقصود باستعمال رايه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما ان يتصرف
بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في نقصانه في الشرا وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله لانه
بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المامور واحدا لان غرضه
استعمال رايه في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو
زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في العهدة
فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالي في فتاويه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر
المحبوبي ايضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الي
الثاني لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي ان يكون علي هذا الخلاف
فيما اذا عقده والاول غايب فاجازه الاول او عقده اجنبي فاجازه الاول ولا معني لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق
او العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثاني ه
وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه **قال وان زوج عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة**
او باع مالها او اشتري لها لم يجز لانه لا ولاية لهولاء الا يري ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح
غيره وكذا الكافر لا ولاية له علي المسلم قال الله تعالي ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل
شهادته علي المسلم ولا شهادة للعبد اصلا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من
تفويضها الي القادر ليتحقق معني النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة علي المسلم فلا مصلحة في
التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فان ولايته علي اولاده واموالهم
موقوفة بالاجماع لانها تبتني علي النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الي النظر وهو متردد في الحال
فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات او قتل علي ردته تقررت جهة

انقطاع

انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة
ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق
الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف علي البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في
الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان اسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما
لانها تبتني علي الملك وملكه قايم ثابت في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف **باب**
الوكالة بالخصومة والقبض ه قال رحمه الله **الوكيل بالخصومة والتقاضي يملك القبض** وهذا قول ه
زفر وقال علماونا الثلثة يملك القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشي وكيل باتمامه واتمامها يكون بالقبض وما لم
يقبض فالخصومة قايمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الي المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا
لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفا اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشي يملك ما هو المقصود
منه ومعني التقاضي الطلب في العرف فصار بمعني الخصومة وهو في اصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضي يقال
قضي دينه واقتضيت منه ديني اي اخذته والعرف املك فكان اولي اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعني الخصومة ه
مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض **ولزفر** رحمه الله ان الخصومة غير القبض
حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو الد الناس خصومة واكثرهم كذبا وخيانة واقلهم دينا وحيا ويختار
في القبض من هو اوفي الناس امانة واكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا
يدل علي الرضا بقبضه بل يدل علي عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض
لما ذكرنا والفتوي علي قول زفر ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلا ولا
فرق في ذلك بين العين والدين لان المعني لا يختلف فيهما **قال وبقبض الدين يملك الخصومة** اي الوكيل بقبض
الدين يملك الخصومة حتي لو اقيمت عليه البينة علي استيفا الموكل او ابرايه تقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل
البينة عليه تقبل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض
غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يوتمن علي المال يهتدي اليها **قال وبقبض العين لا**
فلو برهن ذو اليد علي الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتي يحضر الغايب وكذا الطلاق والعتاق
اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتي لو اقام ذو اليد البينة علي الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه
العين لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيوقف حتي يحضر الغايب وكذا لو اقامت المراة
البينة علي الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلثا او اقام العبد البينة علي الوكيل بنقله ان المولي قد اعتقه
لا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتي يوقف الامر الي ان يحضر الغايب
وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسايل ان التوكيل اذا وقع باستيفا عين حقه لم يكن وكيلا
بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة
الي جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشي انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به للضرورة
وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشا تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد
لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيا من الدين
كان للاخر ان يشاركه فيه ومعني التمليك ساقط حكما حتي كان له ان ياخذ بلا قضا ولا رضا كما في الوديعة ه
والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل

بلغ مقابلة علي خط المصنف رحمه الله تعالي

التقاضي

الفتوى على قول زفر

بالتملك لان الديون تقضي بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع
جعل ذلك طريقا للاستيفا فانتصب خصما كالوكيل بالشرا والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ
الشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشرا فلا يصير خصما قبل
مباشرة الشرا و اما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا
ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم و في الاستحسان يتوقف
حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد ه
والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها
تقبل في حق قصر اليد قال و لو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا اي اذا اقر عند غير القاضي
لا تصح وعنه نصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد و قال ابو يوسف يصح اقراره
عند غير القاضي ايضا وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها
لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابرا والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار و لو كانت حقيقة
الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه و كذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لجعله
الانكار ولهذا اختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد كما تتقيد بالتقييد صريحا
ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال الصغير من ولايتهما او فرقلنا التوكيل
صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه محقا
والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببه فذكر السبب وارادة المسبب سائغ او لخروجه
بمقابلتها او لان الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار
عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الليل والنهار عملا ه
بعموم المجاز والدليل انه يراد به الجواب مطلقا ان القاضي يامر بالجواب فيقول له اجب خصمك ولا يامر بالخصومة فلو
حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل على الانكار لا يصح الا على احد التقديرين وهو ان يكون محقا بالانكار وان كان
مبطلا لا يصح و هذا لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما يملك مطلق الجواب وهو يعم ان كان
خصمه محقا او بلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لان في حمله عليه فساده من وجه
وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان اولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال الفساد و لو استثنى الاقرار
فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا
و عن محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند
التصريح به وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب و عن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون
المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل بشي دون شي على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل
بما فيه اضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة او بنكول الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثنا الانكار
في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثنا الانكار منهما لما ذكرنا و لان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عنده
التصريح بالحقيقة ثم ابو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي
فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشي انما يختص بمجلس القضا اذا لم يكن موجبا الا بانضمام القضا اليه كالبينة ه
والنكول فاما الاقرار فموجب بنفسه فلا يختص بمجلس القضا بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر
لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن و قال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقرار خير لهم وهما يقولان

ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فيملكه الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس
الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره فاذا اقر فيه لا يعتبر اقراره
لكونه اجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بانه ليس له
ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي اذا اقر على مال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في
ذلك و لو استثنى الانكار صح اقراره وكذا الانكار ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار و لو اقر الوكيل بالخصومة
في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه
شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات قال و بطل توكيله الكفيل بمال
معناه اذا كان لرجل دين على رجل فكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل
لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره و لو صححناه صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانعدم الركن فبطل و لان
قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها وجب ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابرا نفسه فصار نظير
من اعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرما ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرما فانه لا يصح
لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل الابرا اذا وكل المديون بابرا نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته
قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامراته طلقي نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المديون وهلك في يده
لم يهلك على الطالب و لو ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتدا كما لو كفل عن غايب فانه يقع باطلا ثم
اذا بلغه فاجاز لم يجز لما ذكرنا و لا يقال ينبغي ان تصح الكفالة وتبطل الوكالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن
الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها لا
العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال و من ادعى انه وكيل الغايب
بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى
بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع
الى الوكيل باقراره وتثبت الوكالة به ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى
ذلك وله ان يتبع رب الدين ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لان
النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة ه
دون النيابة و في المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى
بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل ه
بالاستقراض لا يصح و الجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض
لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد
للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني اليك وقال لك اقرضني فصح ما ادعينا ان هذا
رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جايزة هكذا ذكر في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب
غير مخلص على قول ابي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم قال فان حضر الغايب فصدقه والا دفع
اليه الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرا ذمته به وان كذبه
لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قوله حجة عليه
فيا خذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال و رجع به على الوكيل لو باقيا اي رجع الغريم بما قبضه الوكيل
ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال

الكفالة اقوى من الوكالة فتصلح ناسخة لها لا العكس

قالوا في شروح الجامع الصغير نظير هذا ما ذكر في الماذون ان المولى اذا اعتق عبده الماذون المديون ضمن قيمته و العبد مطالب بجميع الدين كان المولى كفيلا عنه فان وكل الطالب المولى بقبض الدين من العبد كان باطلا لان المولى فيما يقبض الدين من العبد عامل لنفسه ... عن غيره كذا في ... ولا ... من ...

وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا وله الف اخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه بري عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة ووجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفا اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه خمس مائة لم تسلم له البراة الا عن خمس مائة فبقيت خمس مائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث قال الا اذا ضمنه عند الدفع اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فح يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذي اخذ منه وصورة هذا الضمان ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا امن ان يجحد الوكالة وياخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذ مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذ مني ثانيا فيضمن ذلك الماخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان على او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما اخذ الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه قال او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة ايضا لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لقضا دينه تحصيلا لبراة ذمته فاذا لم تحصل انقطع الرجا رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان يكذبه صريحا او يسكت لان عدم التصديق يشمل الصور وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا ان لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل ان يحضر الطالب لان المودي صار حقا للطالب اما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهرا الا على حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان ياخذ مع بقا هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عنه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولي على رجا الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم البينة انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا يقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك يبتني على دعوى صحيحة ولم يوجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغايب ولو اقام الغريم البينة ان الطالب جحد الوكالة واخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بنا على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشي ضمنا وان لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرا ذمته ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل بريت ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعدما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه او وهبه له وهو قايم في يد الوكيل اخذ منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا

ضمنه

ضمنه الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل وعن ابي حنيفة انه لا يحلفه لان حق التحليف بنا على انه خصم ولم تثبت بلا حجة ووجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه فاذا انكر تحلف قال ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يومر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يومر بالدفع اليه لانه اقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل بريت ذمته واذا حلف ضمن وليس له ان يرجع على الوكيل لان في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فح يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان ولو اراد ان يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال وكذا لو ادعى الشرا وصدقه يعني لو ادعى رجل شرا الوديعة وصدقه المودع لم يومر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال ولو ادعى ان المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع وارثا وانه اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال يومر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو لم يقر من في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لا يومر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه في التحرير ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يومر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه اقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة او الغصب بعد موته فلا يصح كما لو اقر انه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويومر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضا في خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المديون يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد الاخير وهو قول ابي يوسف لا يصدق ولا يومر بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغايب من وجه ودعوى لبراة نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال بري بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيودي الى انه يبرا من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال وكله بقبض مال فادعى الغريم ان رب المال اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال اخذ مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان الوكالة ثبتت بقوله اخذ رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفا وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الداين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه فيومر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة

للمودع ان يحلف المودع انه ما وكله

بلغ

صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة
على ما بينا من قبل وفيه خلاف زفر **قال واتبع رب المال واستحلفه** اي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه ه
لان قبضه يوجب براة ذمته والطالب لو اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل
قال وان وكله بعيب في امة وادعى البايع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري اي وكله برد
جارية بسبب عيب فيها فقال البايع المشتري رضي بالعيب لا ترد على البايع حتى يحلف المشتري بخلاف مسلة
الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان
القضا بالفسخ نافذ ظاهرا او باطنا عند ابي حنيفة رحمه الله فيصح القضا ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد
ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضا وفي مسلة الدين ليس فيه قضا وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر
الخطا فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضا ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا
يمتنع على الوكيل استيفاوه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن بثبوت حق المشتري في
الرد لاحتمال انه راى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يجب ان لا يفرق بين المسلتين بل ترد فيهما للحال لان القضا بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك
فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يوخر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب على البايع ما لم يستحلف
المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع الرضا فلا بد من حضور المشتري وحلفه **قال ومن
دفع الى رجل عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة** وهذا استحسان والقياس
ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل ووجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان
الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون التوكيل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به
على الامر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الامر في كل مكان وينفق له ما امره به من غير قصد فيشتري به له ويحتاج
الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان في قضا
الدين لانه ليس في معنى الشرا وفي القياس يكون متبرعا لان امره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال اخر
صار كالاجنبي فيكون متبرعا في القضا من مال نفسه ويرد على المطلوب ما اخذ منه لانه ملكه وقد كان غنيا عنه لجهة
وقد استغنى عنه وجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالين
فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان
يدفع مثله من مال نفسه لياخذ مال الامر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي ه
لصحة الرجوع عليه والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

اعلم ان للموكل عزل
الوكيل عن الوكالة متى شا لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس
من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على انه
يتمكن من اثبات حقه متى شا فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفا المطلوب لما فيه من ابطال حقه
فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس
الطالب او كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه
الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه
وله ان يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم
غاب لا يملك عزله وليس بشي بل له عزله في الصحيح لان المراة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل ه

للوكيل

للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت
معزول وقال صاحب النهاية عندي انه يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق
والمنفذ لانا لو لم نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشي
لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دايما لا الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني
ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور ه
عزل القاضي او السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا ينعقد الوكالة بعد العزل ان يقول
رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه **قال** رحمه الله
وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل وقال الشافعي ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط
حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت
والجنون ولنا ان العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع
حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل
قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه
حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم
به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله
رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من
عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل
فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة وان لم
يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل في شي ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المبلغ
غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد
الموكل الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا **قال وبموت احدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا** يعني يبطل
بهذه الاشيا ايضا لان الوكالة عقد جايز غير لازم فكان لبقايه حكم الابتدا فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط
للابتدا وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم الطبق الغيم السما اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله
كالاغما وحد المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه
اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد باللحاق بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه
لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان
تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته
نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا
كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر امراته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل امرها لانه قد ملكها
التصرف فصار كتمليك العين وان كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح ه
بنفسه فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط ولا تبطل وكالة المراة
بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها ايضا لانها تبقى بعد الردة
مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل

لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا في حالة ردتها فزوجها بعدما اسلمت صح
كالمعتدة اذا وكلت بان يزوجها فزوجها بعد انقضا عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت واسلمت
حيث لا يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان
عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد ولا يعود وكيلا عند ابي يوسف لان
قضا القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه وامهات اولاده ويعتق به كما يعتق بالموت
وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف بملكه باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق بالاموات
فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد رحمه الله ان الوكيل يتصرف بمعان قايمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين
والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقا تلك المعاني وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة
الصالحة وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف
الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال العارض كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم
افاق وان كان العايد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل لانه اذا
عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر
ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات بخلاف ردة الوكيل لانه
كان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجز وقد زال فتعود الوكالة كما كانت

قال وافتراق الشريكين اي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط
فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد
منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة
في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ
الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن ان
يحمل عليها اذا هلك المالان او احدهما قبل الشرا فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علم بذلك
او لم يعلم لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة والثاني ان احد
الشريكين او كلاهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما
اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل **قال وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو ماذونا** معناه لو كان الموكل مكاتبا او
عبدا ماذونا له في التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقا الوكالة معتبر
بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتدا فيشترط في حالة البقا قيام الامر كما في
الابتدا وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف
الموكل في الشي الذي وكل به هذا اذا كان وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضا الدين واقتضايه فلا
ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز او الحجر يوجب الحجر عليه من انشا التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة
ولا يوجب الحجر عليه من قضا الدين واقتضايه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك او اذن
للمحجور لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز
والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد الماذون له لا ينعزل
لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقا
الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه **قال وتصرفه بنفسه** اي تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما

وكله

وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل
بنفسه او يدبره او يكاتبه وان لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله بطلاق
امراته فطلقها هو ثلثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة للعجز عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس
للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضا العدة وكذا الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده بسبب
جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقا المحل ولو
وكله بتزويج امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها من الموكل لبقا الحاجة ولو وكله
بطلاق امراته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقا تمكن الزوج من الايقاع وان لحق
بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان الخلع بعد
الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم خالعها الزوج تقع عليها طلاق الوكيل
ما دامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما كان
الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله
ببيع شي فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار روية او خيار شرط او عيب بقضا او لفساد بيع فالوكيل
باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب
بغير قضاء او اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول
وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه
ثانيا كما اذا كان البايع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله بهبة شي فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس
للوكيل ان يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل
فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع
لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع
والوكالة قايمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع
ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو
وكله ببيع عبد فاسره العدو وادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة
ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا
الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها
الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد غير الاول
بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز
للوكيل ان يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جايزة ولو وكله ان يزوجه
امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة خلافا لهما
بنا على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل له ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم
رهنه الموكل او اجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يخرج من الوكالة
والله اعلم

كتاب الدعوى

قال رحمه الله **هي اضافة الشي الى نفسه
حالة المنازعة** اي الدعوى ان يدعو الشي الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه السلام

بلغ مقابلة على خط المصنف رحمه الله تعالى

البينة على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشي الى نفسه اذا كان ثمه
منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشي الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة ماخوذ من قولهم
ادعى فلان شيا اذا اضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل
الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشي على الغير الا ان اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا
يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة (هامش: المدعي يتناول من لا حجة له في العرف لا يتناول من له حجة صح)
الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها بالبينة ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه
قد اثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال والف دعوى للتانيث
فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى ه
والمدعى به خطا وشرط جواز الدعوى ان يكون في مجلس القاضي ولا تصح في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه (هامش: المدعى خطا والصواب المدعى — ثم صح)
جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غايب لا يجاب وان يكون المدعى شيا معلوما يمكن اثباته بالبينة
ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه اذا كان المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم
اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم واقامة البينة واليمين اذا انكر
قال والمدعي من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه اي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما (هامش: بين صح)
وهو اهم ما ينبني عليه مسايل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده فمنها ما ذكر هنا وهو حد
صحيح لكونه جامعا للمحدود مانعا من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج
والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى
عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان
الخارج لو قال لذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل
كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي
فضلة في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد
نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يد
نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعي وهذا صحيح
غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام
من شخص في صورة الدعوى وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو (هامش: ادعى صح)
منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه ردها لان اليمين تكون
على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على
هذا المديون اذا ادعى قضا الدين او ابرا الطالب فان القول للطالب مع انه يدعي شغل ذمته ه
والمديون البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمديون يدعي بدعواه الايفا
او الابرا فصار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له او نقول ان المودع امين فيكون
القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضا العدة او بقاها
قال ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيا علم جنسه وقدره لان فايدتها الالزام بواسطة الاشهاد
ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها

وقدرها

وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار والحضور
والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشي المدعى ان امكن دينا ه
ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شي من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله
ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد لمن امتنع عن الحضور بعدما طولب به فدل
ذلك على ان الحضور مستحق عليه قال وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها ه
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد ه
الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحا حضر الحاكم او بعث امينه قال وان تعذر ذكر
قيمتها اي ان تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غايبة ذكر قيمتها لان عين المدعى لا يمكن ضبطه
بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها دينا في الذمة وقال
ابو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب مني عينا كذا ولا
ادري انه هالك او قايم ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان
ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة فاذا
سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته قال وان ادعى عقارا
ذكر حدوده لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار
يعرف به قال ويكفي ثلثة اي يكفي ذكر ثلثة من الحدود وقال زفر لا تكفي ولا بد من ذكر الحدود ه
الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شرا شي بثمن منقود فان الشهادة
تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحدود في (هامش: كما يشترط ذكر الحدود في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا)
الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه بها يصير معلوما للقاضي قال واسما اصحابها اي ذكر اسما
اصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن غيرهم قال ولا بد من ذكر الجد
ان لم يكن مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا عند الناس
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة
وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال وانه في يده اي وذكر ان العقار في يده
لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته قال ولا يثبت اليد في
العقار بتصادقهما بل ببينة او علم القاضي بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي
والمدعى عليه ان العقار في يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما وتواضعا
فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه او علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة
بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال وانه يطالبه به اي ذكر
للقاضي انه يطالبه بالشي المدعى لان القاضي لا يعلم لماذا ذكر حقه عنده فبذكره انه طالب يتبين له فلا بد
من التنبيه عليه لانه لو لم ينص على الطلب يحسب القاضي انه انما ذكره له على سبيل الحكاية فيزيل ذلك
الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه ان يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع
الخصومات لا لانشايها فاذا بين طلبه اجابه والا فلا لاحتمال ان يكون عنده برهن او وديعة او اجانة
ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول ان يقول هو في يده بغير حق قال

وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفا وكذا في الشهادة وقد بيناه
من قبل قال فان صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه القضا ان ثبت حقه لان القضا
بالبينة بخلاف القضا بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا واطلاق اسم القضا فيه مجاز
وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضا فيسقط احتمال الكذب بالقضا
في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كساير الحجج الشرعية قال فان اقر او انكر فبرهن المدعي قضي عليه لوجود الحجة
الملزمة للقضا قال والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه
السلام قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال عليه السلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك
او يمينه فصار اليمين حقا له باضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتوا حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع
من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتوا المال والا تحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله
تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال ولا ترد يمين على مدع لقوله عليه السلام لو اعطى الناس بدعواهم لادعى
ناس دما رجال واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق
وليس وراه شي اخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه السلام الايمة من قريش ولقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام ايضا على ما تقدم فيفيد استغراق البينة ولهذا
لا يقبل بينة ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم ان لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو
المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود
ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج اول ما ينطق
هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا للقصد دون الضمني
وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل
لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال
ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى
انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه
ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل
ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة له فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس
والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين
المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال
ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج احق اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة
فبينة الخارج اولى وقال الشافعي بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على
النتاج او على نكاح امراة والمراة في يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا امة وادعى كل واحد منهما انها امته دبرها
او اعتقها او استولدها واقاما بينة كان بينة صاحب اليد اولى ولنا ان البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في
الحقيقة بينة مظهرة لكنها اخذت حكم الاثبات لما انا لا علم لنا بهذه الاحكام تثبت باسبابها فصارت كالعلل الشرعية
فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم مضاف الى
شهادتهم ابتداء فاذا كان كذلك كان بينته اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده
وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيا لانه لا ملك للخارج قبل القضا بوجه ما وقدما اثبتته بينة صاحب اليد

كان ثابتا

الاقرار حجة ملزمة ولا يحتاج فيه الى القضا

اطلاق اسم القضا في الاقرار مجاز

والبينة

ركب زيد الفرس والبغل

البينات شرعت للاثبات

كان ثابتا بظاهر يده الا ترى ان من راى شيا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له واذا نازعه احد في الملك بغير بينة
دفع القاضي عنه ولم يثبت ببينته شيا لم يكن واما بينة الخارج فانها تثبت شيا لم يكن ثابتا له فكانت اولى اذ البينات
للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية الملك
واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد
التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت
الملك قبل القضا حتى يعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه ايضا ان يثبت
الملك لهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد
لا تدل على هذه الاشيا فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح
لانه دعوى سبب الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان
فيه ذو اليد اولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجي بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكرا سبب الملك
بان ادعى كل واحد منهما انها امرأته ولو لم يذكر السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين
اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب الا ترى انهما لو اختلفا في ولا شخص واقاما
البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة
بينة المدعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال
وقضي له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا احلف او دلالة بسكوته
ويجوز ان تكون اللام في قوله وقضي له بمعنى على اي قضي على المدعى عليه واللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم
احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى
عليه فاذا حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول
المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتدا على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل صار الظاهر شاهدا للمدعي
فيحلف ولان النكول يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن الصادقة
كما فعل عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقه قضا فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع
الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي ايضا انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح
ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي
قالون ومعناه بالرومية اصبت وروي عن عمر رضي الله عنه ان امراة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على
غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو
مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع عن
الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون له تورع عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال
لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روينا من ان اليمين على المنكر قال
وعرض اليمين ثلثا ندب اي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلث مرات وهو مستحب بقوله له في كل مرة اني اعرض
عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفا لاختلاف العلما فيه فان الشافعي لا يراه فاذا
كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا افة به من طرش وخرس وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم
حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ والعرض ثلثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلثة ايام فانه

فيه الملك بسبب يكون ذو اليد اولى بالاتفاق

معنى قالون اصبت

بلغ مقابلة على خط مولفه رحمه الله تعالى

مستغب فكذا هذا مبالغة في الانذار ولابد ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا
ولا معتبر باليمين عند غير في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضا على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف
المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان
وجد بينة اقامها عليه وقضي له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب
صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشي اصلا لان عمر رضي الله
عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر كان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر
كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه ان كان
لفلان على فلان الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد
لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شي على المدعى عليه
قال ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفي وايلا واستيلاد ورق ونسب وولا وحد ولعان قال القاضي الامام
فخر الدين رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشيا الستة يعني في هذه الاشيا التي عدها سوى الحد واللعان وهو
وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف
الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل
او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين
ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتدا ولو كان بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص
به فيما دون النفس ويصح في الشايع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري في هذه
الاشيا لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان الا يرى انها لا تثبت بالشهادة
على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النسا مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على
انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه
بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها لمخافة الهلاك
ومخالفة الهوى وشح نفسه وايثارا للرجوع الى الحق اذ هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه
فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل
والاباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب
فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضا وكذا لو كفل رجل لرجل بما
له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شي ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو
اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم اراد
ان يرد النصف الاخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول
الاول ولا نسلم ان اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه لتنتهي
به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي الماذون لهم لان فيه ضرورة
فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والعدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في
الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشيا السبعة وانما
وجب على القاضي ان يقضي بالنكول بحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشي المدعى ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطله
نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتدا بنا على زعم المدعي انه محق وان

معنى

لا بد ان يكون النكول في مجلس القاضي

النكول اقرار فيه شبهة بذل او اباحة عنده

معنى البذل القاصر

معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتدا كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص
به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا الا يرى انه يجوز له
قطع يده المتاكلة للقابلة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم منه ولهذا انكل عثمان رضي الله عنه
من الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الخ وانما يجوز في مشاع يحتمل
القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا في المعنى على معنى انه ترك منع وان المدعي ياخذه محقا فلا يمتنع
بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسايل يتصور من احد الخصمين ايهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا
يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام علي البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكر
في المختصر واختيار المتاخرين من مشايخنا على ان القاضي ينظر في حال المدعى عليه فان راه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما
وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما اختاره شمس الايمة في التوكيل بالخصومة بغير
رضا الخصم ان ابى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالاخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله
ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى
العبد انه قد زنا ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في
النسب عنده هل تقبل بينة المدعي ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم
يثبت بالاقرار لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف
دعوى المولى الاعلى او الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت
فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميلا على الواسطة اما الولا فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا
لا ترث النسا الولا ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون الولا للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كما في المال
وكذا لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان
ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما يجعل كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة
النصف نصيب ابيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان نسبا يثبت بالاقرار والا فلا **قال ويستحلف السارق**
فان نكل ضمن ولم يقطع لان موجب فعله شيان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة
فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامراتين او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي
الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول في الاستحلاف بالله ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي
يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال **قال والزوج اذا ادعت**
المراة طلاقا قبل الوطي فان نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المراة ذلك وهذا بالاجماع
لان الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق والنفقة
لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر
والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح
الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا **قال وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى**
يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص فان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص
منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة
عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمالا لا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا يجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع
وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا اقام على ذلك رجلا وامراتين حيث لا يقضى فيه بشي وكذا

الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا

النكول اقرار فيه شبهة عندهما

بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضي بشي لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شي وفي النكول
لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا اقر بالقتل خطا والولي يدعي العمد يجب الدية وبالعكس
لا يجب شي بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامراتين وامثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه
اصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر بقي الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر بقي الاصل
على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال حتى ابيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها باذنه بخلاف النفس فانه لو قتله باذنه يجب
القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها
بلا فايدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في
النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة قال ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين
لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف في اخرى وهنا
الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف
ان اليمين حقه بالحديث الذي روينا وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يندفع به مونة المسافة ويتوسل الى حقه في الحال
باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا
كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود هتك
المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان يتوقاه قال وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يضيع
حقه بتغييبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى يعدى
عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى
ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فايدة التكفيل وهذا استحسان والقياس
ان لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح
وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل
عشرة ايام يوما يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد
انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعي
حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يوخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة
وان قال لي بينة او شهودي غيب لا يوخذ منه كفيل لعدم الفايدة في التكفيل لان الغايب كالهالك من وجه وليس كل
غايب ايبا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال فان ابى لزمه اي دار معه حيث دار
اي ان ابى ان يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامر بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال
ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي اي ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه
ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيلا لا يوخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطالب
الوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه وكيلا فله ان يطالب بالكفيل
بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة
الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل ايسر
وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يعينها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج

الى ذلك لانه لا يقبل التغييب قال واليمين بالله تعالى لا بطلاق ولا عتاق الا اذا الح الخصم لما روى ابن عمر
رضي الله عنه انه عليه السلام سمع عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله او ليصمت
وكانت قريش تحلف بابايها فقال لا تحلفوا بابايكم رواه احمد ومسلم والنسايي وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه النسايي وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق
والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا
لكن اذا نكل لا يقضي عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه
تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه
اليمين لا سيما اذا اقام بينة قال وتغلظ بذكر اوصافه اي تؤكد اليمين بذكر اوصاف الله تعالى وذلك مثل
قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا
عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ
ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا ان شا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط ويحترز
عن عطف بعض الاسما على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو اتى بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول
لان المستحق عليه يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل
يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود
الحلف بالله تعالى وقد حصل قال لا بزمان ومكان اي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعي رحمه الله
ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ مايتي مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند
قبر النبي عليه السلام ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن ففي المساجد ويكون
ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله عليه السلام واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان او الزمان زيادة على النص
وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو
مدفوع ولان فيه تاخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولانه احد ما ينقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة قال
ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه
السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور اليهودي انشدك بالله
الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر
المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد
ان الله تعالى خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولين سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احدا الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر
الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيما
لها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي ان تعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكر
هنا هو المذكور في الاصل فكانه وقع عندهما رحمهما الله انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعاير ولا يعبدونها حقيقة قال
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عند الفقها
قال ويحلف على الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قايم وبيع قايم وما يجب عليك رده وما هي باين منك الان في
دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت

لان هذه الاشيا قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى طروّ الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها الا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعي هو السبب الا اذا عرّض المدعى عليه بان قال قد يقع البيع ثم يتقايلان ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه لجحده انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم بالالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها او عل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بنا على اعتقاده فيبطل حق المدعي قال وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراها يحلف على السبب لما ذكرنا فحاصله ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى الى الاضرار بالمدعي او كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند ابي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرّض فحينئذ يحلف على الحاصل على ما بينا قال وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر اي يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال وعلى البتات لو وهب له او اشتراه يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة او بشرائه اياه لان الهبة والشرا سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملك للملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عن ما اطلق له يكون باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا يجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له اصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون البتات الا يرى انه عليه السلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسايل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو ذلك فاراد المشتري تحليف البايع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البايع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى فيحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ثم كل موضع وجب اليمين فيه على البتات يحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضي عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم يحلف على البتات تعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال ولو افتدى المنكر يمينه او صالحه منها على شي صح ولم يحلف بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه

الاصل في اليمين على ...

ضابط سعي ... [illegible]

... اذ لا ... الاصل ... عن ... اليمين ... [illegible]

نسخة ... القفاية ... الكلام الى ... الاخرى ...

الكاذبة

الكاذبة وقيل كان له على مقداد سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه منها اربعة الاف فترافعا الى عمر فلم يحلفه ولان بالافتدا صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذ على انه حقه او عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد واحد جهتان كمن اقر بحرية عبد ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البايع وهو فدا في حق المشتري حتى يعتق العبد وكان الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي ولافتدا اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفدا لا يكون له ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لان الشرا عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله باب

التحالف قال اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نوّر دعواه بالبينة اذ البينة كاسمها فبقي في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضا على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال وان برهنا فللمثبت الزيادة اي اذا اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البايع بعتك هذه الجارية بعبد كهذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال وان عجزا ولم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا اي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك قال وبدي بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر رحمه الله وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا اذ هو المطالب بالثمن اولا فينكر عند المطالبة فيكون باديا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تاخير فيتعجل به فايدة اليمين وهو الاقرار او البذل عند النكول وبنكول البايع تتاخر الفايدة لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فايدته اولى وعن ابي يوسف انه يبدا بيمين البايع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفي بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما وفي البداية هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع عينا بثمن او سلعة بسلعة بدا القاضي بايهما شا لاستوايهما في فايدة النكول قال وفسخ القاضي بطلب احدهما لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول او بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن او بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكر في المبسوط ان وطي الجارية المبيعة حل بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البايع وذكر في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت الا يرى انه اقتصر عليه في القسامة بقوله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البايع والمشتري لان كلا منهما منكر لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ويدعي المشتري زيادة

باب

مبينة صح

مع ... بلا على خط المصنف

التوعية

الاقتصار على النفي في اليمين هو الاصح

المبيع والبايع ينكران كان الخلاف فيهما وان كان الخلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل والاخر ينكر والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه البدل والاخر ينكر فصار احد يمين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياسي وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا **قال ومن نكل لزمه دعوى الاخر** لانه صار مقرا به او باذلا فلم يبق اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الاخر لانه بدون اتصال القضا به لا يوجب شيا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البدل مقصودا واما اذا كان في ضمن شي اخر نحو ان يشتري الرجل من اخر سمنا في زق ووزنه ماية رطل ثم جا بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البايع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري سوا سمي لكل رطل ثمنا او لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار المقبوض وان كان في ضمنه اختلا في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق **قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن او بعد هلاك المبيع او بعضه او في بدل الكتابة او في راس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه** اما الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابرا ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له الا يري ان للثمن وجودا بدونه وكذا مستحقهما مختلف فان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق البايع وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال في المالية ولان النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا وقد بيناه ان الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه اذ الشي لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين علمه فيه عند ابي حنيفة فانه جعل هنالك القول قول من يدعي الاجل وجعل القول هنا للمنكر فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنافيه لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين بانه باعه بالف الى شهر وشهد الاخر بانه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلث ولم يذكر الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا في اصل البيع او مكان ايفا المسلم فيه لا يتحالفان لان احدهما انفرد في انكار اصل البيع والاختلاف في مكان الايفا وقد مر بيانه في البيوع واما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة ادنى منها كانه يقول والله اعلم تحالفا وان

كانت السلعة قايمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قايمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجري عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان الشاهدين في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع مقايضة فهلك احد البدلين او اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فايدة وهو تسليم ما يدعيه البايع له على تقدير نكول المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكول له ولابي حنيفة وابي يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا شرط ان تكون السلعة قايمة وما رواه من المطلق محمول عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون في القايم دون الهالك ولانه حمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي عليه السلام واحدا بالاجماع وحال ترك الراوي عن النبي عليه السلام القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي عليه السلام حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذان الحديثان هنا يرويهما ابن مسعود عن النبي عليه السلام فيوخذ بالمقيد لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى راس ماله ولا يدعي المشتري فيه شيا بخلاف ما قبل القبض على ما بيناه ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيعه بالفين وان البيع بالف يصير بالفين بالزيادة في الثمن وخمسماية بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لان المدعي احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البايع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشرا بالدراهم والبايع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطيها قبل التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى احدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما ببقا المعقود عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته ولا نسلم ان في التحالف هنا فايدة لان المقصود في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن اذ لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن اقر بالف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يومر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتني هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها فانه لا يجوز له ان يطاها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البايع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فايدة لان ما يعتبر من الفايدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا اي فايدة كانت **واما** اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها لا يتحالفان الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا شي له وقال قاضي خان وذكر في الاصل الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ

الفسخ

من ثمن الميت شيا وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ان لا يمنع ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتها والقيمة تعرف بالحزر والظن فيودي الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك ثم يكون الثمن كله بمقابلة الحي وخروج الهالك عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه واخذ ولا ياخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيا وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل الاستثنا قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على انه لا يتحالفان وان لا يحلف المشتري وحده لان المستثنى منه يمين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا الاستثنا الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري كطلحها ومعناه ان البايع ياخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد على عبد اخر وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هولا لا يتحالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيا اخر فح لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشية البايع ولو كان ياخذ الحي بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قال الراجي عفو ربه ليس في هذا الاخذ فايدة له ايضا ولا يحتملها فلا يصار اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على ان الاستثنا منصرف الى التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هولا لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا فح يتحالفان لان المذكور قبل الاستثنا التحالف دون يمين المشتري فكان صرف الاستثنا الى المذكور اولى وبعضهم قالوا الا ينصرف الى يمين المشتري على معنى ان البايع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا فح لا يحلف المشتري لان البايع اذا اعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا اشبه الاول في عدم الفايدة ثم قال وقال الامام الكيساني رحمه الله ياخذ البايع في حق الهالك من المشتري ما يقر به المشتري فح لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان منكرا لما يدعيه البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البايع لا يترك من ثمن الهالك كله وانما يترك الزايد على ما يقر به المشتري ومعنى قوله لا ياخذ شيا اي لا ياخذ من الزيادة التي يدعيها شيا وعلى هذا التقدير يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشتري ومن اصحابنا من قال ينصرف الاستثنا الى التحالف وهو اظهر لان المانع من التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع هو الحي وحده او برضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ثم تفسير التحالف على قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده لا يوثر فصار كانهما حيان واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القايم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القايم بالف يكون صادقا لان من اشترى شيين بالفي درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا فلم يمتنع عن الحلف فلم يفد التحالف فايدته والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل لزمه دعوى الاخر وان حلف يحلف البايع بالله ما باعهما بالف فان

نكل لزمه

نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخ العقد بينهما في القايم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري فانه يقسم على قيمتها يوم القبض فما اصاب الحي سقط وما اصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبايع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في الاصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عند المشتري يسقط عنه ثمن ما رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك واقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل والبايع ينكر فكان القول له ايضا وهذا لفقه وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على احد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبتني الامر عليها والبايع منكر حقيقة فكان القول له وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البايع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يودي الى تفريق الصفقة على البايع فعلم بهذا ان التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد واما اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الاخر لان المولى يدعي بدلا زايدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند ادا ما يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى اليه ولابي حنيفة ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الادا وقبله لا يقابله اصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستاجرة عند العقد ثم تنتقل الى المنفعة عند الاستيفا وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا يكون في معناه فلا يتحالفان يوضحه ان البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شي لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه تعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند ادا هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمس ماية يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة

الايمان يعتبر فيها الحقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر

العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها

فان الحرية لا ترتفع بعد النزول وجب عليه البدل واما اذا اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم
فلان الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل
يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان
القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس ماله
واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود
وهو فسخ الاقالة لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بساير اسباب الفسخ الا يرى انهما لو تقايلا
نقضنا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان راس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء
قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم
بخلاف الاقالة في البيع حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت
الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فامكن عوده
الى ملك المشتري قال وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا قبل القبض
بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ان
كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك
المبيع غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف عند محمد يتحالفان
لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال وان اختلفا في المهر قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور
دعواه بها وهي كاسمها مبينة قال وان برهنا فللمراة اي اذا اقاما البينة كانت بينة المراة اولى لانها تثبت
الزيادة والبينات للاثبات فكانت اولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج او اقل
لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها مثل ما تدعيه
المراة او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها
لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تهاترتا لانهما استويا في الاثبات لان بينتها
تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخر قال وان عجزا اي عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ
النكاح لان يمين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح
فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال بل يحكم مهر المثل فيقضي بقوله لو كان كما قال او اقل وبقولها لو كان كما قالت
او اكثر وبه لو بينهما اي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضي
بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر مما اقر به هو قضي بذلك وهذا
تخريج الكرخي رحمه الله وتخريج الرازي خلاف ذلك فانه يبدا باليمين اولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو
مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدا بيمين الزوج لتعجيل الفايدة وقد بيناه مفصلا
في النكاح وعند ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي بشي مستنكر وقد بيناه في
النكاح قال ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض
المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث
انهما يحتملان الفسخ وهما عقد معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب ان
لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق
ايراد العقد عليها فصارت كانها قايمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة بدئ

بيمين

بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان
الاختلاف في الاجر وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستاجر اولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة الموجر اولى
في الاجر وبينة المستاجر اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال وبعده لا
والقول قول المستاجر اي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستاجر مع يمينه
لان فايدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان
هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه
فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع
العقد فيتبين انه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو المنكر قال والبعض معتبر بالكل
معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى ويكون القول
فيه قول المستاجر كما لو استوفى الكل ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيئا
وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه عنده يتعذر بقدر الباقي فكذا هنا وهما
خالفا اصلهما في البيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد
فلم يكن ايجاب شي والفرق لابي حنيفة ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل
جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم
عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل لانه عقد واحد فاذا
امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يودي الى تفريق الصفقة على البايع على ما بيناه من قبل قال وان اختلف الزوجان
في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له لان الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح قايما
بينهما او لم يكن قايما ومما يصلح للرجال العمامة والقبا والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس
والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمراة الخمار والدرع والاساورة وخواتيم النسا
والحلي والخلخال وامثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشيا فلا
يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك قال
وله فيما يصلح لهما اي اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد
في الدعاوي بخلاف ما يختص بالمراة لان ظاهره يقابله ظاهر اخر من جهتها فيتعارضان فيترجح بالاستعمال من جهتها
والذي يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود قال فان مات احدهما
فللحي اي اذا مات احد الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو
المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وخالفه ابو يوسف في المشكل فقال يدفع الى المراة من المشكل ما يجهز به مثلها
والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح
لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا
ان ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة
رحمه الله جعله للزوج في حال حياته وللباقي منهما بعد موت احدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين
وابو يوسف رحمه الله جعل منه للمراة قدر ما تجهز به مثلها في الحالتين لانها تاتي بالجهاز عادة فكان الظاهر
شاهدا لها وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر ولها في الاستوايين

في صح

عمل باقوى الظاهرين

الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاوه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي حنيفة رحمه الله ان يد الباقي منهما اسبق الي المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال علي ما بينا بل اولي لان لليد رجحانا مطلقا حتي يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقي في مثل ما قال ابو حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما استويا في سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالشبهة في الخصومات الا يري ان اسكافا وعطارا لو اختلفا في آلة الاساكفة او آلة العطارين وهي في ايديهما قضي بها بينهما نصفان ولا ينظر الي ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله للمراة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المراة هي الساكنة فيه ولهذا تسمي قعيدته ويد صاحب البيت علي ما في البيت اقوي واظهر من يد غيره وفي الدعاوي يتقدم صاحب اليد وقال ابن ابي ليلي المتاع كله للزوج كيف ما كان لان المراة في يد الزوج فما في البيت ايضا يكون في يده وان كان البيت لها الا يري انه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه فصار بمنزلة الموجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستاجر لكونه مضافا اليه بالسكني وليس للموجر سوي ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالي **قال ولو احدهما مملوكا فللحر في الحياة وللحي في الموت** اي لو كان احد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوي لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك واما اذا مات احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضي خان وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا علي اطلاقه قول ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شي وهو في ايديهما يقضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه حتي يقضي به بينهما فكذا في متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولي من وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوي فترجحت به في حق متاع البيت الا يري انها تترجح بالصلاحية فهذا اولي ان يترجح به بخلاف ساير الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوي دلالة عليه فترجحت وبهذا اجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم علي التنصيف باختلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم بالصواب

فصل

قال رحمه الله **قال المدعي عليه هذا الشي اودعنيه او اجرنيه او اعارنيه فلان الغايب او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي** لانه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة الغايب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشيا دون الملك حتي لو شهد وا بالملك للغايب دون هذه الاشيا لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة به لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغايب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشي في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت

المتضمن بدون اصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة يبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعي عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن ابي ليلي تندفع الخصومة باقراره للغايب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغايب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة والتحق بالبينة فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار الا يري ان من اقر بعين لغايب ثم اقر بها لحاضر فرجع الغايب وصدقه يومر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشي ثم مرض وصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشي لشخص ثم غاب يقضي عليه به ويوخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره علي نفسه صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته اثبتت امرين الملك للغايب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة علي الطلاق او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق او العتاق علي ما بينا من قبل فصار كان المدعي اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغايب وهو خصم في اثباتها فتثبت دون الملك للغايب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويوخذ منه الكفيل فلا يقدر علي دفعها الا بحجة كما اذا ادعي احالة غريمه علي غيره ولان دفعها بلا بينة يودي الي اتوا الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الي آخره قلنا ثبوت الملك متوقف علي قبوله فيتوقف مواجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتي اذا صدقه تبين ان ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يومر بالتسليم الي المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الي المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعي العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان اقام بينة علي انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته الا يري ان القاضي يقضي بها علي مودع الغاصب فلا يتبين ان ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعي الفعل عليه كالغصب ونحوه لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوي الفعل عليه فلا يندفع الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره الا يري ان دعوي الفعل يجوز علي غير ذي اليد فلا يندفع بالتحويل ودعوي الملك لا يجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة ان يده حافظة وليست يد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال ابو يوسف آخرا ان كان المدعي عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغايب لان المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الي غريب يريد ان يغيب من البلدة ويواعده ان يرده اليه علي رووس الاشهاد ليمكنه الاشهاد علي ان هذا الشي اودعه غيره عنده ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب علي القاضي ان ينظر في احوال الناس ويعمل بمقتضي حالهم رجع الي هذا القول بعدما ولي القضا وابتلي بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا الا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي علي رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا تبطل وان كان غيره تبطل فلا تبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا احاله علي معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة الا تري الي قوله عليه السلام لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا الوصف

بالشبهة لا معتبر في الخصومات

اصلحها الحر والعبد والمكاتب المأذون له المسبعة

اي عادي سوره

ما يكتب بحضاره

دعوي الفعل يجوز علي غير ذي اليد

هذه المسئلة وتابعه علي ما ظهر في الهداية وغيره

المتضمن ما

القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع

لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد اثبت ببينته ان العين اخذها من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظه وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي لعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فاضروا به ونحن نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي ان يكون على قول ابي يوسف رحمه الله على التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما او فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد بيناه بحمد الله تعالى **قال وان قال ابتعته من الغايب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان لم تندفع عنه** اي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان اقام المدعي عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في المسئلة الاولى بدعواه الشرا من الغايب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وفي المسئلة الثانية ان المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى يصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرنا من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم جا المقر له الغايب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لان الغايب لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جعله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا تقطع يده فصار كانه قال له سرقته مني وقال محمد رحمه الله تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي عقد اشترى احكامه فصار كالعدم فكان كدعوى الملك المطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع **قال وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة** لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه من يده الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يامر القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضا على الغايب باقرار وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة لانه وصول الدار الى يد ذي اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسئلة الاولى وهي مسئلة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغايب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشرا منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعني العين فقال المدعي كان اودعك اياها ثم وهبها منك او باعك اياها وانكر ذو اليد استحلف بالله انه ما وهبها له ولا باعها فان نكل عن اليمين جعل خصما لان نكوله كاقرار بذلك وقد بينا ان اقراره بالشرا اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها

باب ما يدعيه الرجلان

قال

يصح دعوى الغصب على غير ذي اليد

مسئلة عجيبة

برهنا على ما في يد آخر قضي لهما يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتهاتران وعنه انه يقرع بينهما لان احدى الطايفتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة لما روي انه عليه السلام اقرع بين رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضي بها لمن خرجت له قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك يقضي لاعدلهما لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل اقوى في الحجية فلا يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده اكثر عددا لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روي عن ابي موسى ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي واحمد وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بان اوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لان الايدي قد تتوالى في عين واحدة في اوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي انه عليه السلام اقرع بينهما فان صح فهو محمول على انه كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى ان القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا لتعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطييب القلوب ونفي التهمة لا للاستحقاق الا ترى ان للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار **قال وعلى نكاح امرأة سقطا وهي لمن صدقت او سبقت بينته** يعني لو اقام اثنان بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضا بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها او اسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا تعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة فاقام بينة فحكم له به حتى لا تقبل دعوى احد النكاح فيها بعد لكونها اقوى لاتصال القضا بها وهو المراد بقوله او سبقت بينته احدهما لانها لما سبقت وحكم بها تاكدت فلا تنقض بغير المتاكدة الا اذا اثبتت الثانية ان نكاحه اسبق فتكون اولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فحاصله انهما اذا تنازعا في امرأة واقاما البينة فان ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يورخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شي من ذلك يرجع الى تصديق المرأة **قال وعلى الشرا منه لكل نصفه بنصف الثمن ان شا** اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة على الشرا من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شا وان شا ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي بينهما لتعذر القضا بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما وان لم

ببينة صح

ما يتعلق بالقرعة

به صح

بلغ مقابلة على خط المصنف

يمكن ذلك حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد قال وبابا احدهما بعد القضا لم ياخذ الاخر كله اي لو قضي به القاضي بينهما وابي احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للاخر ان ياخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضي القاضي به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له اخذه بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضا به بينهما حيث يكون للاخر ان ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضا به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم احد الشفيعين فانه ان كان قبل القضا فللاخر ان ياخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له ان ياخذ الا النصف لانه يستحق بالسبب كله ولا انقسام للمزاحمة ضرورة القضا به بينهما قال وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا الشرا من ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع ثم اثبت احدهما الشرا منه في وقت لا ينازعه فيه احد فاندفع به الاخر بخلاف ما اذا ادعي كل واحد منهما الشرا من رجل اخر غير الذي يدعي الشرا منه الاخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بايعه في اثبات الملك له وملك بايعهما لا تاريخ فيه فصار كان البايعين حضرا واثبتا الملك لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذلك لو ارخت احداهما ولم تورخ الاخرى كان صاحب التاريخ اولى لانهما اتفقا على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراهما حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات الا اذا اثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المورخ اولى بخلاف ما اذا اختلف بايعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشرا من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ اولى عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما نبين من قريب ان شا الله تعالى قال والا فلذي القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشرا من ذي اليد وترجح احدهما بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الاخر ايضا لبقا الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراه قبل شرا صاحب اليد فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا الخلاف ما اذا اختلف بايعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبايعهما اولا اذ يجتمع فيه في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبايع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض اقوى لتاكده بالقبض قال والشرا احق من الهبة معناه اذا ادعي احدهما شرا من شخص وادعي الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشرا اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشرا فيه اولى لانهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سوا وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شا الله تعالى وكذا الشرا مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوي الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوايهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قايم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا لقوة في السبب ولو حصل

المقصود

المقصود بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا يكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضر واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز بنا على ان هبة الواحد من اثنين جايزة عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاوه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طاري اذ كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم توقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم اولي وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو اولي وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشرا من ذي اليد قال والشرا والمهر سوا يعني اذا ادعي احدهما شرا عين من رجل وادعت امراة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سوا لاستوا السببين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمراة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شا وان شا فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشرا اولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بهما مهما امكن واجب وقد امكن العمل بهما بتقدم الشرا اذ النكاح على عين مملوكة للغير جايز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدرنا تاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تاخر الشرا فيجعل كانهما وقعا معا وهما سوا في افادة ملك العين فلا يقدم احدهما على الاخر كدعوي الشرا منهما بل القياس ان يكون النكاح اولى من الشرا لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يمكن اثباته الا بحجة قال والرهن احق من الهبة يعني لو ادعي احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن اولى وهذا استحسان والقياس ان تكون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وهذا رواية كتاب الشهادة ووجه الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون اقوى فكان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة قال ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ او على الشرا من واحد فالاسبق احق اي لو اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ او على الشرا من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان اسبقهما تاريخا اولي فيهما اما الاول فالمراد به ما ذكر في اول الباب وانما اعاده هنا لاجل ذكر التاريخ وانما كان اسبقهما تاريخا فيها اولي لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوي ملك مطلق دعوي التملك من جهة المدعي عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتاريخ معتبر في دعوي التملك فصار كما لو ادعيا التملك بالشرا من جهة المدعي عليه وجعل صاحب الامالي هذا قول ابي حنيفة وقول محمد اولا وهو قول ابي يوسف اخرا وفي قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوي اولية الملك معنى حتى يستحق بزوايده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ

ذلك صح

الحادث يضاف الى اقرب الاوقات

ولانهما استويا واثبات الشرا من ذي اليد فيه تطرو

هبة الواحد من اثنين جائزة عندهما خلافا له

اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى
اولية الملك فكان التقدم والتاخر فيه سوا ولو ارخت احداهما دون الاخرى فهما سوا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف المورخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق يدل على الملك من الاصل على ما بينا الا ترى
انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك
الوقت ولم يتيقن ملك الاخر فكان المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشرا من واحد ولابي حنيفة
ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المورخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد لانهما اتفقا على
الحدوث فيضاف الى اقرب اوقاته ما لم يورخ فاذا ارخ دل على سبق ملكه فترجح به على الاخر وان لم يورخ واحد منهما
فهما سوا على ما ذكرناه في اول الباب وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم المرجح واما الثانية فلانهما لما ادعيا الشرا
من شخص واحد فقد اتفقا على ان الملك له ثم اثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه احد كان اولى
لاتفاقهما على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر غير الذي
يدعي منه صاحبه الشرا على ما يجي من قريب ولو لم يورخا فهما سوا ان ارخت احداهما دون الاخرى فالمورخ اولى
لما بينا وان كان مع احدهما قبض كان هو اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا فحاصله ان هذه المسلة مثل
مثل المسلة المتقدمة وهي ما اذا ادعيا الشرا من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى اذا ادعى احدهما الشرا
والاخر الهبة والقبض او ادعى احدهما الشرا والاخر المهر او احدهما الرهن والاخر الهبة كان الجواب فيها في جميع
صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما ان المدعيين في المسلتين اتفقا بدعواهما الشرا من شخص واحد
على ان الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا **قال وعلى الشرا من اخر وذكرا
تاريخا استويا** يعني لو اقام كل واحد منهما بينة على الشرا من رجل غير الذي يدعي الشرا منه صاحبه كانا
سوا حتى يكون بينهما نصفين سوا كان تاريخ احدهما اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبايعه وملك بايعه
مطلق ولا تاريخ فيه فتثبت لكل واحد من البايعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البايعان وادعيا
الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر احدهما تاريخا دون الاخر فهما سوا لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال
بخلاف ما اذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان ملك بايعهما ثبت باقرارهما فلا يتصور التملك
الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المورخ
اولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل وادعى اخر شرا من غيره وادعى ثالث ميراثا من غيرهما
وادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا سوا كان معهم تاريخ او مع بعضهم او لم يكن
لما ذكرنا انهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا تقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل **قال ولو برهن
الخارج على ملك مورخ وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك
وذو اليد على الشرا منه فذو اليد احق منه** يعني في المسايل الثلاث اما في الاولى فالمذكور قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة
في الملك المطلق تثبت اولية الملك فيستوي فيها التاخر والتقدم فصار كانهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا
ذكر السبب كالشرا ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم اولى ما لم يدع المتاخر التلقي من جهة المتقدم
وجه قولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا
يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استويا تاريخهما او لم يكن معهما تاريخ او كان مع
احدهما دون الاخر كان الخارج اولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينة

للاثبات

[illegible]

للاثبات فكانت بينة الخارج اولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما اذا ارخت بينة ذي اليد لا
اولى فيها وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الاخر محتمل فلا يزاحم المتيقن
فصار كما اذا ارخت احداهما في دعوى الشرا من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم يتضمن هنا
لاحتمال ان يكون ملك الخارج اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد حيث يكون صاحب اليد اولى في الصور كلها
الا اذا ارخا وكان تاريخ الخارج اقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعي في ايديهما وارخا
كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما لما بينا ان بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبره
الوقت في الملك المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى والمسلة بحالها كان بينهما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ من احد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون
بينهما وعند ابي يوسف هو للمورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال
الاخر على ما بينا فيرجح بالتيقن واما الثانية وهي ما اذا اقاما البينة على النتاج او على سبب ملك اخر لا يتكرر
فلان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضي
له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكر من احدهما او منهما الا اذا كان التاريخان
او اختلفا ما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعي والقياس ان يكون الخارج اولى لانهما استويا في
اثبات اولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا يدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان اولى وبه قال ابن ابي ليلى
وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان وتترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة
نتاج دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روي انه عليه السلام قضى لذي
اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل
على اولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع الا ترى انهما
لو ارخا في دعوى الشرا وبينة ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند ابي حنيفة وابي يوسف
لما فيها من تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية
حيث يكون بينة الخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج في هذه الصور اكثر اثباتا لانها تثبت
الفعل على ذي اليد وهو الغصب واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا واولية الملك ان لم تكن ثابتا باليد فحاصل الملك
ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات وما
قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما ولو كان الطريق
ما قاله هو لتهاترا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسواقط في يد الاخر واقام كل واحد منهما
البينة على النتاج يقضي بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكر لترك في يد كل واحد
منهما ما في يده وتمسكه ما قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو اقام الخارج البينة انه اشتراه
من فلان وانه ولد عنده واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى لان كل
واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كانه خصم في اثبات الملك له ولو حضر البايعان واقاما البينة على النتاج كان
صاحب اليد اولى فكذا من قام مقامهما ولو اقام احدهما على الملك والاخر على النتاج كان صاحب النتاج اولى ايهما كان
لانه تثبت اولية الملك وبعده لا يملكه غيره الا بالتلقي من جهته وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو
قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه فجاز له ان يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك المطلق لو اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضا

لان الخارج لم يستحق على ذي اليد شيا لان ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور
ان يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد
بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون له
من جهة صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد
فيجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل بينته كما تقبل
بينة الاجنبي لانه بمنزلة نص نزل بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا
انفا فصار الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والا قضي له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر
معناه كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك
مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف والمرعزى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان
يتكرر قضي به للخارج وهو مثل الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا
بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له
بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البنا والغرس والزراعة يتاتى فيها التكرار
وان اشكل عليهم يسئل عدول اهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفي
والاحوط الاثنان وان اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو في معناه
من كل وجه بشرط ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما او ذو اليد وحده
نسجت هذا الثوب او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم
يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج اولى
ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي او نسج في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا
لو قال جبني اتخذته انا او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاة التي حلب منها لبنه ملكي كان الخارج
اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينة
ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما
الخارج اولى لان القضا قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينتقض قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين واما
الثالث وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام ذو اليد البينة على الشرا منه فلان الخارج اثبت الملك
لنفسه ببينته واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له حكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن دعوى الشرا منه لا
يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان يمكن
الشرا منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن **قال ولو برهن كل على الشرا من الاخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار**
في يد ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي اليد او الخارجين او ذوي الايدي البينة على الشرا من صاحبه
ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان ويترك المدعى في يد ذي اليد لا على وجه القضا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت في يد احدهما يقضى بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بجعله
ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة
السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشرا من صاحبه
اقرار منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الاخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع
فكذا هذا ولانه يلزم من القضا بهما القضا لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك

باطل

بالملك لانه يؤدي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي
وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا خرج من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم
لذي اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضا له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا
ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد
منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتاتى التقاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتاتى
لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما عندهما
فظاهر على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا
دلالة حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكرا قبض المبيع لانه امكن هناك ان يجعل شرا ذي
اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط انه يقضي
لها عنده فيجعل القبض المعاين اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشتريين كان الخارج اشترى وقبض ثم باعها من
ذي اليد وقبض فيقضي بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في
العقار ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا
ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وكان ينبغي ان يقضى بها لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها من بايعه وهو ذو اليد
تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعها من
بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى بها للخارج سوا شهدوا بالقبض او لم
يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراه سابقا فيجعل كانه اشترى اولا كما شهد به شهوده ثم باعها
من بايعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا
بالقبض **قال ولا يرجح بزيادة عدد الشهود** معناه ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح
بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح
بالوصف ولهذا لا ترجح الاية باية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بان كان احدهما متواترا والاخر من
الاحاد او كان احدهما مفسرا والاخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وكذا
لا يرجح احد القياسين بالقياس لما ذكرنا **قال دار في يد اخر ادعى نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها**
والباقي للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف
الاخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو
قول ابي حنيفة وقالا يقسم الدار بينهما اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي
النصفين والاخر النصف الواحد وليس لشي واحد ثلثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق
العول ولهما نظاير واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة انواع نوع منها يقسم بطريق
العول اجماعا وهي ثمان مسايل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث
والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية في العبد اذا قلع عين رجل وقتل اخر خطا فدفع بهما والمدبر اذا جنى على
هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسئلة واحدة فضولي باع عبدا
لغيره من رجل وفضولي اخر باع نصفه من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون للمشتري الكل
ثلثة ارباعه ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله

رجل

لا يرجح بالاكثر

بلغ مقابلة على خط المؤلف رحمه الله تعالى

وعندهما بطريق العول وهي ثلث مسايل احدها اذا ادعي احدهما نصف الدار والاخر كلها وهي مسلة الكتاب والثانية اذا اوصي لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله واجازت الورثة والثالثة اذا اوصي لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسايل احدها عبد ماذون له في التجارة بين رجلين ادانه احدهما ماية وادانه اجنبي ماية فدين المولي سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين علي عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقسمان الثمن علي الخلاف الذي ذكرنا والثانية اذا ادانه اجنبيان احدهما ماية والاخر مايتين يقسمان ثمنه علي هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطا واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفي احدهما فدفع بهما علي الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا علي هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما علي التعاقب فانها تسعي في ثلثة ارباع قيمتها فيقسم بين الشريكين فيعطي الربع لشريك العافي اخرا والنصف الاخر بينه وبين شريك العافي اولا اثلاثا ثلثاه لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي اخرا عنده وعندهما ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة متي وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين علي وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتي وجبت القسمة لحق ثابت علي وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشايع وحق الاخر في الكل كانت القسمة علي المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متي ثبتا علي الشيوع في وقت واحد كانت القسمة علي العول وان ثبتا علي التمييز او في وقتين كانت القسمة علي المنازعة وبيان طرق هذه المسايل وتخرجها علي هذه الاصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضي خان قال ولو كانت في ايديهما فهي للثاني اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسلة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الي ما في يده لتكون يده يدا محقة لان حمل امور المسلمين علي الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه علي ما في يده ولا يدعي شيا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر ولا ينازعه احد فيما في يده فيترك في يده لا علي وجه القضا واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولي لانه خارج فيه فيقضي له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا علي وجه القضا والنصف الاخر بالقضا قال ولو برهنا علي نتاج دابة وارخا فهي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخري ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعني لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوي في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث قال وان اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في معرفة احد التاريخين يقضي لهما بها لان احدهما ليس باولي من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصاره كانهما لم يورخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا يبطلان بل يقضي بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضي بها لذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولي ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكر محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشي قال برهن احد الخارجين علي الغصب والاخر علي الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان البينة عليه احدهما بالغصب والاخر بالوديعة استوت دعواهما حتي يقضي بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا ه

كان بينهما ه

بهما ه

بهما ه

بالجحود

بالجحود حتي يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الي الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود علي ما نبينه في موضعه ان شا الله تعالي قال والراكب واللابس احق من اخذ اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولي من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه مختص بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا اولي بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينة الخارج اولي لانها حجة مطلقا وبينة الخارج اكثر اثباتا علي ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف علي انه كان في يده واليد دليل الملك حتي جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتي تقوم الحجة والترجيح وكذا لو كان احدهما راكبا علي السرج والاخر رديفا له كان الراكب اولي لان تمكنه من ذلك الموضع دليل علي تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين علي السرج حيث يكون بينهما لاستوايهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسك للجامها قالوا ينبغي ان يقضي بها لمن يمسك ه لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستوا بينهما لا بطريق القضا لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس الا تري انه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود علي البساط وكذا اذا كانا ه جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما قال وصاحب الحمل والجذوع والاتصال احق من الغير فمعني الاول ان يتنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولي لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعي جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والاخر ممسك بسكانها واخر يجدف فيها واخر يمدها فهي بينهم الا من يمدها فانه لا شي له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوايهما ولا ترجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة علي ما بينا ومعني الثاني ان يكون حايط عليه هرادي لرجل ولاخر عليه جذوع او متصل ببنايه فهو لصاحب الجذوع ه والاتصال دون الهرادي لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبنا يبني للجذوع عادة لا للوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان يتداخل لبن البنا المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البنا المتنازع فيه وساج احدهما مركب علي ساج الاخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البنا فدل ذلك علي ان بانيهما واحد في وقت واحد فترجح به وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحايط المتنازع فيه متصلا بحايطين له بمقابلة الحايط المتنازع فيه حتي يصير مربعا شبه القبة فيكون الكل في حكم شي واحد والمروي عن ابي يوسف ان اتصال جانبي الحايط المتنازع فيه بحايطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحايطين بحايط له بمقابلة الحايط المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحايط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط المتنازع فيه وان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما ه مركبا في الاخر واما ثقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل علي انهما بنيا معا ولا بوضع الهرادي ولا البواري لان الحايط لا يبني لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر اصلا وكوضع الثوب علي الجدار حتي لو تنازعا في حايط ولاحدهما هرادي ولا شي للاخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما ولا يرجح صاحب الهرادي لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البنا للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه

الاصل اذا اعترض عليه
ما يدل على خلافه يبطل

محتمل يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحايط فكان في يده
والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحايط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح
ان يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه
جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوايهما في اصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلثا لان الترجيح بالقوة
لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا ان يبلغ ثلثا لان الحايط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلث غالبا
فصار الثلث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلثة وللاخر اقل فهو لصاحب الثلثة استحسانا وهو قول ابي حنيفة
والقياس وهو مروي عن ابي حنيفة ان يكون بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه
كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما ماية من وللاخر من او منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان ان ما دون
الثالث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحايط لاجل الواحد او الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب
الجذع الواحد او الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحايط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع
لا للاستحقاق فلا يومر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحايط له بالبينة حيث يومر بالقلع لان البينة حجة مطلقة
تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا اتنازعا في دابة
ولاحدهما عليه حمل وللاخر كوز معلق او نحوه حيث يومر بالقلع وان كان استحقاقه باليد ووجه الفرق ان وضع
الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابدا مويدا وانما يمكن موقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة
واما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في انه
يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب الاقرار ان الحايط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعيه
يريد به حق الوضع لان الحايط لا يبنى لاجل جذع واحد او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم
له بالملك كمسلة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحايط
بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل
واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من اصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات
بينهما على قدر الاخشاب واكثرهم على انه لا يملك صاحب الخشبة او الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من
قال يكون بين الخشب بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحايط بينهما على قدر اخشابهما اعتبار القدر
الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة
كما ذكر في الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى لان له تصرفا في الحايط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى لان الحايطين بهذا الاتصال يصيران كبنا واحد فالقضا ببعضه يصير قضا بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه
لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البنا وهو سابق على وضع الجذوع فكان ثابتا
ثابتا فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه لا يرجع جذوع الاخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين ان يكون
الاتصال من جانب او من الجانبين على ما ذكر الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الايدي في الحايط على ثلث مراتب اتصال تربيع واتصال
ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بنا ولا علامة لليد في الحايط سوى هذه فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب
الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شي للاخر اختلف المشايخ فيه قيل هما سوا لان الواحد
لا يعتد به وقيل صاحب الجذع اولى لان الحايط قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما عليه هرادي او بواري
ولا شي للاخر فهو بينهما والهرادي لا تعتبر ولا البواري وفي فتاوي قاضي خان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر

علم

عليه هرادي او بواري او لم يكن له عليه شي فهو لصاحب الجذع قال ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصف يعني لو
تنازع الشخصان في ثوب في يد احدهما وطرفه في يد الاخر كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابتة في الثوب الا ان احدا
ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل
على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما من وللاخر ماية من كانت بينهما بخلاف ما اذا
كان في يد احدهما الهدبة والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شي من الثوب
فلا يزاحم الاخر قال صبي يعبر يقال انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى
احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في
يده اما الاول فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من الصغار
فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض
بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من الصغار
لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال
الاصل في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحوا عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة كما
لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل و
اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم ان اللقيط اذا اقر بالرق بعد
ان كان معبرا عن نفسه بخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه
امين فيه والامين يده قايمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما واما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه
فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده اذا ادعاه لعدم المعارض من يده على نفسه حقيقة او حكما وهذا لان الاصل في
الادمي وان كان ان لا يثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهايم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا
عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد امرين اما بالصغر حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله
لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال عشرة ابيات من دار في يده وبيت في يد اخر فالساحة نصفان
لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو
ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سوا فينصف بينهما فصارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير
مرة بخلاف ما اذا اتنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة
الاراضي يكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق
قال ادعى كل ارضا انها في يده ولبن احدهما فيها او بنى او حفر فهي في يده كما لو برهن انها في يده لان اليد في الارض
غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها في يده او من
التصرف فيها كالتلبين والبنا والحفر لان التمكن من هذه الاشيا دليل على انها في يده ثم اذا ادعيا انها في ايديهما لم يقض به بلا
بينة لاحتمال انها في يد غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر ان ينازعه
في اليد لاقراره انها في يد صاحبه واقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا انها ليست في يد صاحبه فنكل احدهما
ولو نكل جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبري
كل منهما عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما البينة انها في يده قضي له باليد فيها ويكون الاخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او بنى
او غرس او فعل شيا اخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد قضي بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم
يقيما البينة على الملك قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يقسم بناء على ان الورثة اذا كانت دار في ايديهم قسمها بقولهم انها

ميراث عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسمها حتى يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري معه او بعده وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر البيع الا على ظاهر فصار في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى فصار كما ادعاه ابو البايع او ادعى هو اعتاقها او تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة او فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له او قد يظن ان العلوق من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في التناقض كالزوج اذا اكذب نفسه بعد قضا القاضي بنفي النسب باللعان وكالمختلعة تقيم البينة ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفا عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينقض البيع بالاحتمال حتى لو اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته لتيقننا بكذبه بثبوت الحرية والتدبير قبل البيع وبخلاف دعوى ابي البايع لان شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوى من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البايع استندت الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البايع او بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده لان دعوة البايع اسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى اقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البايع تبين ان البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب فلا يصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البايع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري اولا ثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك الا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق امه فكذا يصح دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى الحرية ويثبت لها امومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البايع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استحقاق النسب للبايع ضرورة قال وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد يعني اذا ماتت الام فادعى البايع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد هو الاصل في الباب والام تبع له فيه الا ترى انها تضاف اليه فيثبت نسبه اولا فيعتق فتتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وقال عليه السلام من وطئ امته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون الام وهي تدخل تبعا فكان الثابت له اقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو اذا مات الولد دون الام حيث لا يصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتدا بدون ثبوته في الاصل والولد تعذر بعد موته فلا يثبت نسبه ويرد الثمن كله عند ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان ماليتها غير متقوم عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ماليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البايع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي ان يرد البايع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزا المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله قال وعتقهما كموتهما اي اعتاق المشتري الام والولد كموتهما حتى لو اعتق المشتري الام دون الولد فادعى البايع الولد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى يمتنع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته انه ابنه لان الاعتاق يثبت الولا وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال النسب بعدما ادعاه المشتري ولان للبايع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البايع لما بينا وان قام بالام لا يمنع فيثبت نسبه من البايع ولا يصير امه ام ولد له لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشتري لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فلم يملكها المشتري فيبطل البيع كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة انهما خلقا من ماء واحد ولهذا يبطل ساير تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت امومية الولد ليس من احكام ثبوت النسب ولا من ضروراته الا يرى ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير ام ولد له بخلاف التوامين لانهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لاحدهما من الاحكام ثبت للاخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام قيل البايع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا وذكر الفرق لابي حنيفة في المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البايع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق ان في الاعتاق القاضي كذب البايع فيما يزعم انها ام ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم ينفسخ البيع بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البايع فيه لم يبطل بشي فبقي معتبرا في حقه اذ لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل هنا المولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البايع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه هنا بالدعوة او لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال يرد البايع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة كما في فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو خلاف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال وان ولدت لاكثر من ستة اشهر ردت دعوة البايع الا ان يصدقه المشتري وهذا الكلام يشمل وجهين احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه انه لا تصح دعواه لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو المحتج الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل الاستيلاد بالنكاح لتيقننا ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة ام ولد له لان العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا ينفذ الا في الملك اذ لا ينفذ في غير

ثبوت امومية الولد ليس من احكام ثبوت النسب

دعوة الاستيلاد

دعوة التحرير

المالك على التحرير والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فحكمه ان دعوى البايع لا تقبل
فيه ايضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا ان يصدقه المشتري فح يثبت نسبه لتصادقهما
فيه وتصير الامة ام ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فيتبين انه باع ام
ولده فيبطل وهذا لان هذه الدعوى دعوى استيلاد فيستند ثم اعلم ان الدعوى هنا ثلثة اوجه دعوى استيلاد
ودعوى تحرير ودعوى شبهة كالاب يدعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصور كل قسم من
هذه الاقسام ينقسم الى ثلثة اما ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا
حكم كل بحمد الله تعالى فاحفظه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لما بينا وانما
يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر وان كان بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا
بتوأمين لان ادنى مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد اخر لاقل من ستة اشهر يعلم بالضرورة انهما
من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا
ينفتح وهي حبلى الا لخروج الولد قال وان باع احدهما واعتقه المشتري بطل عتق المشتري معناه اذا باع
احد التوأمين فاعتق المشتري ثم ادعى البايع الذي لم يبعه انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه لان دعوة
البايع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر
منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حري الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر
رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث
لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البايع نسبه لان العتق فيه لو بطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبايع وانه لا يجوز على
ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية في الذي لم يبعه ثم يتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا
هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه واما اذا لم يكن العلوق في ملكه بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى امهما وهي حبلى
بهما او باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه
وان كان المشتري قد اعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكه الا من يملك الانشا
ولهذا اشترط لنزول العتق عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا
لانها دعوة استيلاد فيستند ومن ضرورته عتقهما بطريق انهما حرا الاصل فيتبين انه باع حرا قال صبي عند رجل
فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد ان يكون ابنه معناه اذا كان صبي عند رجل فقال الرجل الذي عنده
الصبي هذا الصبي ابن فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان الغايب ان يكون الصبي ابنه ولا يشترط
لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر بثبوت
نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول ابي حنيفة وقالا
تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم يقر ولهذا يعتق عليه
بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل
النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وانكانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشتري
على البايع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه فكذا هذا
لان اقراره له بالنسب نفي للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعد بان قال
ليس هو بابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفي النسب بخلاف ما اذا صدقه لانه
يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد

للملاعنة

دعوة استيلاد
دعوة تحرير
دعوة شبهة

ما يعرف به كونهما توأمين

بلغ مقابلة على خط المؤلف

يبطل

الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد
ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن اقر لحرية عبد الغير فكذبه المولى
فانه يبقى في حق المقر حرا ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير
فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له
حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل
الرد ولان موجب اقراره شيان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا
يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولين سلم فالنسب الزم من
الولاء فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا لو ارتدت معتقته والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب وسبيت واعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما
يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبد الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبدا اصل
علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البايع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا عنده وعندهما بشرط ان لا يرد
المقر له النسب بان يسكت او يقر به لميت او لغايب لا يعرف قال ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني
ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي في ايديهما فادعى النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده
وادعياه معا كان حرا ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اذ دلايل الوحدانية ظاهرة
فكانت فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال
ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستوا ولا تعارض هنا لان
النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستوا بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى لاستوايهما
في دعوى البنوة فيترجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه قال وان كان صبي
في يد زوجين فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد منهما اقر للولد بالنسب
وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوا ايديهما
فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه
هذا الثوب لي ولفلان اخر غيرك وليس لك انت فيه شي كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه
فيه الا ان المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشاركه لانه لا يحتملها هذا اذا كان
الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه قال ولدت مشتراة فاستحقت
غرم الاب قيمة الولد وهو حر يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد
والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشرا اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم
استحقت روي ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله عنه في الشرا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من
غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور معذور ولانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة
ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الاخر النظر فوجب الجمع بينهما مهما امكن مراعاة لحقهما وذلك بان يجعل الولد
حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة
لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى
القيمة بالقضا فيعتبر قيمته وقت التحول ويجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يوخذ من تركته
لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق

النسب الزم من الولاء

تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت

ضرورة القضا بالقيمة فلا يعد وموضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شي لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على ما عرف في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب قال ويرجع بالثمن وقيمته على بايعه لا بالعقر اي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بايعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطيها لان البايع صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبايع وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل البايع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البايع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البايع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقايل انا كفيل لما لحقك بسبب هذا العقد او يقال ما لزمه من الضمان بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشي لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البايع وعند الشافعي يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشي من قيمة الاولاد وعند الشافعي يرجع لان الغرور قد تحقق له منه باخباره الملك له فيها واخباره انها مملوكة قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكها فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشي بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسنين من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه السلام تناكحوا تناسلوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشتري من اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث

اخذ

اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة رحمه الله ان البايع الاول ضمن للمشتري الاول سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البايع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به نسب الاول بخلاف الثمن لان البايع الاول ضمن للبايع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبايعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري الاول استحقه سليما فلم يوجد والله اعلم

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قرّ الشي اذا ثبت واقر غيره اذا اثبته وفي الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طايعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يواخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح قال رحمه الله هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه لانه لو كان على غيره يكون شهادة وللنفسه تكون دعوى قال اذا اقر حر مكلف صح ولو مجهولا كشي وحق لان الاقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق امر بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله تعالى ايضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيا فصار نظير امره باداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد به الاقرار واما السنة فما روي انه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال اولى ان يجب واما الاجماع فلان الامة اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا اثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضا وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا رده المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذ شي منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتداة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا الماذون له يتاخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطي امراة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقي على اصل الحرية في حقهما الا ترى ان اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي او المعتوه ماذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله احد فلا بد منه فدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودايع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا يدخل تحت الاذن واليتيم والمغمي

اقرار السكران

عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جايز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لاينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لايكاد يثبت على شي فاقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شي وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لايلزمه شي وكذا بشرب المتخذ من الحبوب او العسل عندهما خلافا لمحمد قوله ولو مجهولا كشي وحق اي ولو كان المقر به مجهولا بان قال علي شي او حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا او يجرح جراحة او يبقي عليه باقية حساب لايعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته بالايفاء والتراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضا القاضي ولا يمكنه القضا بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سوا تفاحشت الجهالة بان قال علي الف درهم لواحد من الناس او لم تتفاحش بان قال علي الف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فايدته هكذا ذكره شمس الايمة رحمه الله وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم يتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يومر بالتذكر لان المقر قد ينسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يودي الى ابطال الحق على المستحق والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق احد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يودي الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق احد العبدين لان العتق لم ينزل في المحل فلا يودي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال وجبر على بيانه لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان قد يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع او الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا جبر على البيان والاصل فيه انه متى اقره مجهولا واطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا يضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر الا ترى ان القاضي لو راى انسانا يبيع شيا غير معين او يشتري بشي من غير تقدير ثمن لا يجبره على الايفا فكذا اذا اقر به ولو عاينه يغصب شيا لا يعرف قدره او يودعه يامره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا اقر به قال رحمه الله ويبين ما له قيمة لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة او قطرة ما وما اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول اصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو اقر بغصب شي لا يسمع منه الا اذا بين ما له قيمة لان لفظ الغصب يدل على انه يجري فيه التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله علي حق اردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر قال وفي مال لم يصدق في اقل من درهم يعني اذا قال لفلان علي مال لم يصدق في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال ومال عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا واوجب عليه مواساة الفقرا وكذا عرفا حتى يعد من الاغنيا عادة وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر ان يبلغ نصابا يوخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا يجب فيه الزكاة من

جنسه

جنسه والاصح انه على قوله يبني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المايتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط قال واموال عظام ثلثة نصب يعني من اي مال فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر ان يبلغ قيمة قدر ثلثة نصب ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي عن ابي حنيفة ان يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال ودراهم كثيرة عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في اقل من مايتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا اوجب عليه مواساة غيره وله ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال علي دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال علي ثياب كثيرة او وصايف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مايتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يوخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون من البقر والاربعون من الغنم وخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مايتان قال ودراهم ثلثة يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلثة دراهم لانه اقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزايد على ذلك مشكوك فيه وروي ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان ادنى الجمع ثلثة وضعفها ستة ولو قال دراهم اضعافا مضاعفة تلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع واقله ثلثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بان قال علي دراهم مضاعفة اضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع يصير ثمانية عشر قال ولو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرها انه يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شي اخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكر بالخفض روي عن محمد انه يلزمه ماية لانها اقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يعرض عنه الا بحجة قال كذا كذا احد عشر كذا وكذا احد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد ماية ولو ربع زيد الف لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فاقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما احد عشر وبحرف عطف بينهما احد وعشرون وتجوا اربعة اعداد بثلث حروف الف وماية واحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب احد عشر لانه لا نظير له فلا يزداد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة الاف ولو سدس يزاد ماية الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو يزيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما بالسوية لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما احد عشر لانه اضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال علي احد عشر درهما ودينارا لزمه من كل واحد النصف ولو قال علي احد عشر درهما واحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما احد عشر والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا واضافه الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا اقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله اذا قال علي ماية

اقل الجمع اثنان

مثقال ذهب وفضة او كر حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان علي عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف اليه فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زايدا علي الجبال ولو قال علي بضعة وعشرون درهما لزمه ثلثة وعشرون لان البضعة اوتار العشرة ثلثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن به **قال علي وقبلي اقرار بالدين** لان كلمة علي للوجوب واشتقاقها من العلو وانما يعلو اذا كان دينا في ذمته بحيث لا يجد بدا من قضايه ليخرج عنه وكلمة قبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمنه وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر فيهما اردت به وديعة ووصل صدق لانهما ينبيان عن الوجوب والحفظ واجب علي المودع والمال محله فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز منفصلا لانه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كساير المغيرات من الاستثنا والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما ولهما تعال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابرا عن الدين والامانة جميعا وهذا لان حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة ادناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب **قال عندي ومعي وفي بيتي وفي صندوقي وفي كيسي امانة** لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصايص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصايص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل علي العرف **قال ولو قال لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قضيتكه او احلتك به فهو اقرار وبلا كناية لا** لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوي في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعي فيكون اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل علي انصرافه الي المذكور فيكون كلاما مبتدا فلا يلزمه شي وهو المراد بقوله بلا كناية لا والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتدا يجعل جوابا وما يصلح للابتدا لا للبنا او يصلح لهما فانه يجعل ابتدا لوقوع الشك في كونه جوابا لئلا يلزمه المال بالشك فان ذكرها الكناية يصلح جوابا لا ابتدا واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا او يصلح ابتدا وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعي انه ابراه منها او تصدق عليه بها او وهبه اياها كان اقرارا لان هذه الاشيا تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوي الاحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا اقضيكها او لا ازنها لك اليوم لانه نفي القضا والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضا يكون منتفيا ابدا ولو قال رجل لاخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او جصص داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله علي الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا فاومي براسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قايمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي **قال وان اقر بدين مؤجل وادعي المقر له انه حال لزمه حالا** لانه اقر بحق علي نفسه وادعي حقا علي المقر له فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا اقر بعبد في يده لرجل وادعي استيجاره منه فانه يقبل اقراره له به ولا يسمع دعواه الا بحجة بخلاف ما اذا اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول

المنكر

صح مقابلة علي خط المصنف

الاقرار بايماء الراس

المنكر في العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسلة في الكفالة وخلاف ابي يوسف والشافعي فيها **قال ويحلف المقر له علي الاجل** لانه المنكر للاجل **قال علي ماية ودرهم فهي دراهم وماية وثوب يفسر الماية** يعني يرجع اليه في تفسير الماية **وكذا ماية وثوبان بخلاف ماية وثلاثة اثواب** حيث تكون الاثواب تفسيرا للماية ايضا والقياس ان يرجع في تفسير الماية اليه في قوله ماية ودرهم كما في قوله ماية وثوب او ماية وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا علي مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت الماية علي ابهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان ان عطف الموزون والمكيل علي عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون واكتفوا بذكره مرة لكثرة اسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيرها مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم يوجد فبقي علي القياس بخلاف قوله ماية وثلثة اثواب حيث يكون الاثواب تفسيرا للماية ايضا ويستوي فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين فاعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك الا تري انهم يقولون احد وعشرون ثوبا وثلثة وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوايهما في الحاجة اليه وفي النهاية روي ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله ماية وثوب ان الكل من الثياب وكذا في قوله ماية وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند ابي حنيفة ولو قال لفلان علي نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع علي شي بغير عينه او بعينه فينصرف النصف الي الكل كانه قال علي نصف هذا ونصف هذا الي اخره بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق او قيراط فهو من الفضة لان الاكتفا بالتفسير الاول شايع عندهم قال الله تعالي ولبثوا في كهفهم ثلثماية سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين **قال ولو اقر بتمر في قوصرة لزماه** يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه انه اقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلي هذا الطعام في الجوالق او في السفينة **قال وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط** لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلي قياس قول محمد يضمنهما وعلي هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسايل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعي انه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه اقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل علي الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقولهم درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له **قال وبخاتم له الحلقة والفص** لان الاسم يشملهما **قال وبسيف له النصل والجفن والحمايل** لان اسم السيف ينطلق علي الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمايل جمع الحمالة بكسر الحا وهي علاقته **قال وبحجلة له العيدان والكسوة** لان الاسم يطلق علي هذه الجملة عادة وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان جمع دود **قال وبثوب في منديل او في ثوب لزماه** لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه علي ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا

يقسم العبيد عندهما لا عند ابي حنيفة

الاكتفاء بالتفسير الاول شايع عندهم

على جار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشي من محل
لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط قال وبثوب في عشرة له ثوب وهذا عند
ابي يوسف رحمه الله وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا
كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف رحمه
وهو قول ابي حنيفة اولا ان العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها
ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا
يتحقق ان يكون الكل ظرفا لواحد فلغا اخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه اخبا لا لايجاب المال مع
الاحتمال لان في قد يكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب ممنوع بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة اثواب حرير
فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا قال وخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وقال زفر عليه عشرة
وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع احد العددين بقدر العدد الاخر
ولزفر ان حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به
ارتفاع احد العددين بقدر الاخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقة في ان يكون للظرف ولا يتصور
ان يكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت
الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها تستعمل بمعنى الواو للاتصال
بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون ولاصلبنكم في جذوع
النخل اي على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض اولى من البعض
فلغت لما ذكرنا ان الظرفية اذا تعذرت تلغوا فصار كما اذا قال على درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة دراهم
في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيه من تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك
في الممسوح على ان الارتفاع الذي ذكر يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد صحيحة وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو
المتعارف عند الحساب قال وعشرة ان عنى مع اي تلزمه عشرة ان اراد به معنى مع لان اللفظ وهو حرف في يحتمله
مجازا على ما بينا فاذا نوى يحتمل كلامه صحت نيته لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه قال له علي
من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة له تسعة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر تلزمه
ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا والحد لا يدخل في المحدود فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال
لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف
ومحمد ان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف
ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو
الاصل كما قال زفر لكن ههنا لا بد من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا يعقل ثان
بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان العدد
يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتداء كالاول وكذا الثالث
والرابع الى اخره فيؤدي الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان باطلا ولو قال على لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة
كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الاخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له على عشرة دراهم
الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكره المستصفى

في النهاية

في النهاية قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل فيه
الغيا قال رحمه الله وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار
للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه
او اوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد تجوز الوصية له وان لم يبين السبب واما الاقرار
بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد رحمه الله في الخلافية ان الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما امكن وقد امكن
حمله على السبب الصالح لانه يملك ارثه او اوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون
له او الصبي المأذون له في التجارة فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بان اقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز اقراره
بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف ان الجواز طريقين الارث والوصية وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل كمن اشترى
عبدا بالف ثم باعه وعبدا اخر معه من البائع بالف وخمس مائة فانه يبطل في العبد المشتري وان امكن جوازه بان يجعل
الالف او اكثر حصة المشتري والباقي في حصة الاخر بخلاف اقرار المأذون له في التجارة لان لصحته جهة واحدة وهي التجارة
وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا
ولان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا لا يجوز اقرار العبد المأذون له وينفذ اقرار احد المتفاوضين
على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه احد فيبطل
وحاصله ان للمسألة ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما
ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال لما صح اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب
غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب يحتمل لانه
يحتمل ان احدا من اوليائه بايعه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى الجنين ايضا مجازا كما يقال بني فلان دارا
وان كان البانى غيره وهم الاجراء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا وقت الاقرار او يحتمل
وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته
حيا كان له ما اقر به وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصي او ورثة ابيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين او انثيين
فهو بينهما نصفان وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا
ان الاقرار بالحمل جائز بالاجماع وان ابهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار له ثم ان كان
المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار واحتمل ذلك على الوجه الذي بينا وان كان حمل بهائم يقدر
بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال وان اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط
معناه انه اذا قال على لفلان الف درهم قرض او غصب او وديعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه بالخيار ثلثة ايام
وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار
ليتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدق
اختار او لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر
لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام واما اذا قال على الف درهم من ثمن مبيع بعته على اني بالخيار صح ويثبت
الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت
الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان اقر بالدين بسبب كفالة
على انه بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه لان
الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها افعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله اعلم

باب الاستثنا وما في معناه الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا و
واخراج بعد الدخول عند الشافعي بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثنا جايز في الطلاق والعتاق
ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان علي
الف درهم الا مائة او خمسين فعندنا يلزمه تسع مائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في
المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزايد بالشك فصار نظير ما لو قال علي تسع مائة او تسع مائة وخمسون
فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي علي حاله
قال رحمه الله صح استثنا بعض ما اقر به متصلا ولزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار ه
اسما له فيلزمه كانه تكلم بالباقي في ابتدا ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشي دليل علي ان الاكثر جايز
وهو المذهب وقال الفرا لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القران قال تعالي
لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثني
المخلصين تارة والغاوين اخري فايهما كان اكثر لزمه وقال الشاعر ادوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا ه
حكما بالعدل حكاما استثني تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين
استثنا الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثنا الكسور لم تتكلم
به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ان يكون الاستثنا مما لا يقسم او مما يقسم حتي اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه
او قال الا ثلثيه صح قال لا استثنا الكل اي لا يصح استثنا الكل لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعده ولم يبق
شي ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثنا بلفظ المستثني منه مثل ان يقول علي عشرة
الا عشرة او يقول هولا احرار الا هولا واما اذا كان بخلاف لفظة يجوز وان اتي علي الكل وذلك مثل ان يقول
عبيدي احرار الا هولا او يقول نساي طوالق الا هولا او يقول عبيدي احرار الا مبارك وسالما وبزيغا او
يقول نساي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير المستثني صح الاستثنا فلا يعتق احد
منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقا شي من المستثني منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثنا
ولا يشترط حقيقة البقا لان الاستثنا يتبع صحة الكلام لفظا لا حقيقة ما دخل تحته الا يري انه لو قال لامراته انت طالق
الفا الا تسع مائة وتسعة وتسعين يصح حتي لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلث كما اذا قال
انت طالق ثلثا الا الفا وعلي هذا لو قال اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثنا وياخذ الموصي له ثلث ماله ولو
قال اوصيت له بثلث مالي الا الفا وثلث ماله الف لا غير صح الاستثنا ولا يستحق الموصي له شيا لما ذكرنا انه يتبع صحة
اللفظ لانه تصرف لفظي فيبتني علي صحة اللفظ لا علي صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثنا بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج
بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا يصح اللفظ ولا الاستثنا قال وصح استثنا الكيلي والوزني
من الدراهم لا غيرهما حتي اذا قال علي الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا صح وكذا لو قال علي مائة دينار الا قفيز شعير او الا ه
عشرة دراهم صح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر لا يصح ولو قال علي مائة درهم الا ثوبا لا يصح
باتفاق اصحابنا وقال الشافعي يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثنا امتناع ثبوت الحكم في المستثني لقيام الدليل
المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال علي عشرة الا خمسة يصير كانه قال الا خمسة فانها ليست لي فاذا كان
بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فاذا كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف
جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثنا اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
علي معني انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف

ان القياس

استثنا الكسور لم تتكلم العرب

اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي

حكم الاستثنا عند الشافعي

ان القياس ما قاله محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعني
من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها فاذا كانت في المعني جنسا واحدا ه
جاز استثناوها باعتبار المعني لان الاستثنا استخراج بطريق المعني علي ان يصير الكلام به عبارة عما ورا المستثني
وما ذكر الشافعي لا معني له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفا احدهما لا ينافي ثبوت الاخر فلا
يتعارضان ولان العبد لا يقدر ان ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان
ينتفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لا يستوي فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه
الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط ان يكون مقارنا وانما ذلك في المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة
لكان احدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القران قال الله تعالي فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا
اخبارا عن لبثه فيهم الف سنة ثم اخبر انه لم يلبث خمسين عاما منها لكان كذبا تعالي الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم
للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لانك اذا قلت علي عشرة الا خمسة اسم للخمسة كانك
قلت علي خمسة لا انك اقررت بعشرة ثم اسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا يتفاوت احاده
كالفلوس مثل المكيل والموزون حتي يجوز استثناوه من الدراهم والدنانير قال ولو وصل اقراره بان شا الله ه
بطل اقراره لانه ابطال او تعليق علي ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط حتي اذا قال لفلان علي الف درهم ان شا فلان كان الاقرار باطلا وان شا فلان لانه علقه بشرط
في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به اصلا وانما التعليق
فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار
او مطرت السما او هبت الريح او ان قضي الله تعالي او اراده او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك
نحو اكله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعني الذي ذكرنا ولو قال اشهد وا ان له علي الف درهم ان مت
فهو عليه ان مات او عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كاين لا محالة ومراده ان يشهدهم علي المال المقر به حتي
لا يبقي ذمته مرتهنة ليشهد وا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الي تاكيد الاقرار فيلزمه المال عاش او
مات وكذا لو قال علي الف اذا جا راس الشهر او افطر الناس او الي الفطر او الي الاضحي لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوي
الاجل الي الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا تقبل الا بحجة هكذا ذكر في النهاية وذكر في المحيط في باب
تعليق الاقرار بالشرط هذه المسلة فقال اصله ان تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال غير لازم لان الاقرار اخبار عن
كاين سابق والكاين لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكاين ليصير كاينا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد
بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا ه
فايدة في تعليقه بالشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل والموت ومجي الغد فيصح ه
تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكر في مسايل المبسوط وذكر في النهاية في اوايل
هذه المسلة معزيا الي المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان شا الله لم يلزمه شي استحسانا والقياس
ان استثناوه باطل لان ذكر الاستثنا بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاات دون الاخبارات ولكنه استحسن
فقال الاستثنا مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معني الشرط الا تري ان موسي عليه السلام لم يعاتب علي ترك
الصبر ولو لم يخرج لعوتب كذلك لان الوعد من الانبيا عليهم السلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا
يشير الي ما قاله في المحيط وشرط في المختصر ان يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يوثر خلافا لابن عباس هو اسند

فالعشرة الا الخمسة

ان شا الله ابطال او تعليق

التعليق يمين

قال ان مت فله علي الف فهي عليه مطلقا

بما روي عنه عليه السلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا
كالشرط واستثنا النبي عليه السلام كان لامتثال امر الله تعالى بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا في كتاب الطلاق
ها هنا الاستثنا تعليق بشرط لا يعلم وجوده او ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد فلا نعيده قال
ولو استثنى البنا من الدار فهما للمقر له لان البنا دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثنا تصرف لفظي
فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البنا وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شي من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار كفوات
سائر الاوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لان اجزا الدار دخلت تحت لفظ الدار فصح استثناوها ولهذا
لو استحق هذا الجزء او فات قبل القبض يسقط حصته من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في
البستان نظير البنا في الدار قال بناوها لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون
البنا فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بان قال بنا هذه الدار
لي وارضها لفلان حيث يكون له البنا ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البنا بخلاف ما اذا قال بنا هذه الدار لزيد والارض
لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما اقر له به لانه لما اقر بالبنا لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض
اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسله الاولى لان البنا مملوك له فاذا اقر بالارض لغيره يتبعها لان اقراره مقبول
في حق نفسه ولو قال ارض هذه الدار لفلان وبناوها لي او لفلان كان الكل للاول لانه لما اقر بالارض له ملك البنا تبعا
فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بنا هذه الدار لفلان وارضها لفلان فلكل واحد منهما ما اقر له به لقيام
ملكه عند الاقرار لما ينفذ وتخريج جنس هذه المسايل مبني على ان دعواه لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان
اقراره لا يقبل في حق غيره قال ولو قال علي الف من ثمن عبد لم اقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف
والا فلا اي ان عين المقر العبد وسلمه الى المقر له الى المقر لزم المشتري الثمن بهذا القيد لانه اقر له بالف على
صفة فيلزمه على الصفة التي اقر بها وهذه المسلة على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه
ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا
اخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا على ما اقر به من ان كل واحد منهما يستحق ما اقر به غير انهما اختلفا
في سبب الاستحقاق ولا يبالى باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا
اقر له بغصب الف درهم فقال المقر له هي قرض فانه يومر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث ان يقول
العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شي لما ذكرنا انه اقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها
والرابع ان يقول المقر له لم ابعك هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر فحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب
التحالف قال وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا
اقر بالف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل ام فصل وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق في المسلتين فلا يلزمه شي وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له
ان يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سوا كانت الجهالة
عند العقد او بعده بالاختلاط بامثاله لانه يفسد به العقد او يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن
الخمر لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثنا والشرط والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة
رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه في اخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان او مفصولا لان
المقر لو ادعى تاخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره في التاجيل ويجب عليه حالا ففي اضافة البيع الى المجهول وانه يودي الى
التاخير ابدا كان اولى بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار البايع المبيع فلو احضر البايع عينا ليسلمه اليه

فللمشتري

فللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث اي بالاثبات هي فلا يصل البايع الى قبض الثمن
ابدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتاتى فيه ذلك فلا يودي الى البطلان فيلزمه على
الوجه الذي اقر به على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتكه فكذلك عند
ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول
قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل ام وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي امر القبض مجملا لانه لم يقر بقبض
المبيع نصا ولا اقتضا لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا
عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدقه في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولا
وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال ابن
اشتريت منه بيعا الا اني لم اقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما اقر بوجوب
الشرا منه ومجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا
يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا وعندهما اذا فصل البيان
لانه قد اقر هناك بالوجوب فلا يسقط باخر كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان علي الف درهم حرام او
ربا فهي لازمة لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم زور او باطل ان صدقه المقر له فلا شي
عليه وان كذبه لزمه ولو اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد
في يده فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره تقيد على الوجه الذي اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له قال
ولو قال من ثمن متاع او اقرضني وهي زيوف او نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة وهذا عنده
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص وذكر في النهاية ان لابي يوسف فيها روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان لهما انه تفسير مغير
فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف والسلم
جاز والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا
الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الاشيا عيب
والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها
وزن خمسة لانه استثنا القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه
الا انها ردية حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة ولا
لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناوها على ما بينا في استثنا البنا بخلاف ما اذا اقر بغصب الف درهم او بالوديعة
حيث يقبل قوله في هذه الاشيا لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي
السلامة فيقبل قوله الا انه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا لانهما نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا
ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان او امينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست
من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في
القرض انه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب
بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع وعن ابي يوسف انه اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض لان
كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه

بلغ مقابلة على خط المصنف رحمه الله تعالى

اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه

قال بعتك معيبا وقال المشتري لا بل سليما

وموصولا صح

لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع
له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال ولو قال الا انه ينقص كذا متصلا صدق وان فصلا لا لانه استثنا القدر
فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس او بسبب دفع السعال
نعن ابي يوسف انه يصح اذا وصله به وعليه الفتوي لان الانسان يحتاج الي ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا في اخره
ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوي قال ومن اقر بغصب
ثوب وجا بمعيب صدق لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بينا قال وان قال اخذت منك الفا وديعة
وهلكت وقال اخذتها غصبا فهو ضامن لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان اخذ مال الغير سبب لوجوب
الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعي ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان
القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا ان ينكل الخصم عن اليمين وهذا الخلاف ما اذا قال له
بل اخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك لا يكون سببا
لوجوب الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا
اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال ولو قال اعطيتنيها ٥
وديعة وقال غصبتنيها لا اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتها مني لا يضمن
المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطا وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه
سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار
بالاعطا فلا يوجب الضمان فان قيل اعطاوه والدفع لا يكون الا بقبضه فوجب ان يكون اقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضي ذلك فالمقتضي لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده
سببا للضمان لانه عدم في حق غيره قال وان قال هذا كان وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه لان المقر
اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعي استحقاقه عليه فلا يقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان
قايما والا فقيمته وكذا لو قال اقرضتك الف درهم ثم اخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال وان قال
اجرت بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه فرده فالقول للمقر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول
قول من اخذ منه البعير والثوب وهو القياس على هذا الخلاف الاقرار بالاعارة او الاسكان ثم اخذه منه وجه القياس
انه اقر باليد له ثم ادعي عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما
مر وجه الاستحسان ان اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفا المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا باليد له مقصودا
فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا له باليد ولان
المقر في الاجارة والاعارة اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسلة الوديعة والقرض
فانه قال كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه بان يهب فيه الهوا ويلقيه في داره حتي لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة ونحوها خلافا لما توهمه على القمي فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم
لانه ذكر الاخذ في الطرف الاخر ايضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت
معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الي الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه بنصف درهم فلان ثم قبضته منه
وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم قالوا القول قول
المقر بالاجماع وليس بشي ولو قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول قوله لانه ان اخذها
منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذ منه اقتضا لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها

فاذا

فاذا اقر بالاقتضا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعي عليه ما يبريه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين
مقاصة والاخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوي الاجارة واشباههما لانه لم يقر له فيها بالملك ولا باليد
له مقصودا ولا وجد منه ما يدل على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس في الاعارة
والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يواخذون به استحسانا دفعا للحرج
ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بني هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي
وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر لا بل استعنت بك ففعلت او فعلته باجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لا
صريحا ولا اقتضا وانما اقر بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يد فيه بان يفعله وهو في يد صاحبه باجرة
العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له
باليد لتصور فعله في يد المقر وفي بيته بخلاف ما اذا اقر له بالسكني في دار لان السكني لا تكون الا باليد فيكون
الاقرار له به اقرارا له باليد ولو اقر ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه ٥
او هذا التمر من نخلته وادعي فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشي اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك
الاصل قال رحمه الله ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله ٥
للثاني لانه لما اقر به للاول صح اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل
قوله في حق الاول ووجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر له بها وقد اتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد ٥
باقراره للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع منه وانما اقر به
للاول ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسلة الكتاب اقر بالايداع من الثاني وقد عجز
عن رد الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال لفلان علي الف لا بل لفلان
يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بان
قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحسانا وهو الالفان والقياس ان يجب عليه المالان
وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح ٥
واقراره بالمالين صحيح فلزماه فصار كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا او اختلف جنس المالين بان قال لفلان علي
الف درهم لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا وجه الاستحسان انهما اقراران لانه
لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له امكن جعله تكرارا كما اذا اقر له مرتين بان قال لفلان علي
الف درهم ثم قال له علي الفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف
الجنس او اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول
والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف
او الف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه افضل الصفتين
كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد لان الاردي داخل في الاجود كما ان
الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما
كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من
فلان الف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك
ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله اعلم باب اقرار المريض قال
دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما اقر به في مرض موته وقال الشافعي رحمه الله

قال ٢

لو قال له علي الف درهم لا بل الف دينار لزمه جميع المال

بلغ مقابلة على خط المصنف

دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته بصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والانابة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفا ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشرا بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير الا يرى انه اذا رهن عينا او اجر ليس له ان يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا ايضا في اقراره ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق بماله استيفا ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره ما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقهم فيه من الحوايج الاصلية كماكله وملبسه ومسكنه وثمن الادوية واجرة الطبيب ونحو ذلك فيتقدم على حق الغرما بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرما اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو اقر بعين في يده لاخر لا يصح في حق غرما الصحة والمرض باسباب معلومة ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل اخرجه عن ملكه الى محل حصله فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض ورد المبيع بعيب به وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة فيما قبضت وكذا اذا استاجر عينا واوفى اجرتها فانهم يشاركونه لانه اخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كانه قضى حق بعض الغرما ولهم فيه ان يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بوارث اخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لاسيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرما بالمزاحمة ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا له شيا لانه ورث بالموت فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان احوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما يختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيتقدم دين الاطلاق على ما اقر به في حالة الحجر كالعبد الماذون له اذا حجر عليه ثم اقر بما في يده يقبل اقراره به ويتقدم فيه دينه في حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي عليه السلام ولان قضا الدين من الحوايج الاصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحايل بينه وبين الجنة فيتقدم على حق الغرما كساير حوايجه على ما بينا لانه شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يتقدم كفنه عليهم قال رحمه الله واخر الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها في حالة المرض لما بينا انفا قال وان اقر المريض لوارثه بطل الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا حجر عليه فيما فيه فكاك رقبته لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة

الاثر في المقدرات كالخبر

مستهلكة

مستهلكة للوارث وهي معروفة بان اودعها على روس الاشهاد ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو غير جايز الا ان تصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية له وانما تعلق حقهم به لاستغنايه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس في الاقرار للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم تقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من توى اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا حجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا حجر عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يودي الى سد بابها والاقرار بالنسب من حوايجه الاصلية لانه يحتاج الى بقا نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت بشرط ان يتحد دينهما وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفايها الا يرى انا لو كذبناه فمات وجب الضمان في ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فايدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا تقبل اقراره باستهلاكها الا ان يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية قال وان اقر لاجنبي صح وان احاط بماله والقياس ان لا يصح اصلا كما في حق الوارث او بما زاد على الثلث كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال وان اقر لاجنبي ثم اقر ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية حيث لا يصحان لها ايضا كما لا يصح للوارث وقال زفر يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها او اوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا ان النسب يستند الى حالة العلوق فيتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فيكون مقتصرا على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيا او اوصى لها بشي ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينيذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا ينفذ الا من الثلث على ما ياتي بيانه في الوصية ان شا الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله ان الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت او كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما او لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بان اقر لامراته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها او والى رجلا فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانيا وعند محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا نفذ الاقرار كما لو انشاه في ذلك الوقت الا يرى انه لو لم يعقد ثانيا كان جايزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قايما وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل به

لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه الورثة

الهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث

بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قايما وقت الاقرار ولو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند ابي يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث ابتدا وانتهاء وقال اخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثا وكذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو اقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو اقر الاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شي عليه قال ولو اقر لمن طلقها ثلثا فيه اي في المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسوالها وان طلقها بلا سوالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسوالها فلانها لا ترث لكن لما اقر لها بالدين بقيا متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى اقلهما ردا لقصدهما على مدا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسلة بشعبها في الطلاق قال وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة لان النسب من الحوايج الاصلية وهو ايضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناها في الدعوي والعتاق وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الي اثباته لاستغنايه به عنه وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان يعبر وان كان الكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال وصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشروطه على ما بيناه في الابن قال والزوجة والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار باحد فينفذ قال واقرارها اي يصح اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهولاء ليس فيه الا الزام نفسها فتقبل قال وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي تقبل اقرار المراة به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه السلام الولد للفراش وهو صاحب الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلزمهما بالاقرار له هذا اذا كانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امراته لا يصدق في حقها الا بتصديقها قال ولا بد من تصديق هولاء يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لانهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه قال وصح التصديق بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا اقرت المراة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجة تصدقه بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانها من اثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحياة واما الثانية وهو ما اذا اقرت بالزوجة الرجل فصدقها بعد موتها كالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز تصديقها بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح

يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قايم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها على النكاح يقبل ولولا ان النكاح قايم في حق الارث لما قبلت فكذا تصادقهما يعمل فيه ايضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتدا فيكون التصديق واقعا في شي هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد ثم مات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسلتنا بمنزلة الكسب فوجب ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك الرقبة من الابتدا لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد واما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فبقي تصديقه بعد ذلك دعوي ارث مبتدا فلا يصح وهذا لان ما اقرت به هي النكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها فيما اقرت به بل هو دعوي مبتداة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه قال وان اقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت يعني اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب او الجد بانه ابنه وكذا اذا اقر بالجد او بابن الابن فانه لا يصح وان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما قال فان لم يكن له وارث غيره قريب او بعيد ورثه وان كان لا اي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام او بعيدا كولي الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله يقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له ان يوصي بجميع ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ارث من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا بتمام الثلث للمقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كانه وارث حقيقة قال ومن مات ابوه فاقر باخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر على البايع انه اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البايع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شايعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ اخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطي المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصيبين فنفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب اخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة



انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر لجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت
او ثبت ما اقر به وقال في الايضاح لو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقر
ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك
كالهالك فيضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيجعل لها سهمان من تسعة وله
سبعة وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة اسهم
قال وان ترك ابنين وله على اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللاخر خمسون لان
الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان
فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث
فاستغرق نصيبه فلا ياخذ منه شيا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه وليس له ان يشارك اخاه في الخمسين وان
تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على
المقر بما زاد على الخمسين مما اخذ من اخيه المكذب لان الوارث لا ياخذ شيا الا بعد قضا الدين فيودي الى الدور وعلى
مذهب ابن ابي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شايعا لانه اقر على نفسه وعلى اخيه فاقراره
في حقه مقبول فيصح وفي حق اخيه لا يقبل فلا يصح ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسلة بحالها كان جوابه كالاولى
الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسلة
الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه
ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة لاخرى غير الدين والمسلة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين
لما قلنا وللغريم ان يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف اخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم
بذلك على المقر ياخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض ابيه المائة فقد اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على
الوجه الذي بينا والله اعلم

كتاب الصلح

قال رحمه الله **هو عقد يرفع النزاع** هذا
في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال
على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح لحسنه ولهذا امر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله
تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وقال تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح
عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل
والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه حسن لان فيه اطفا النايرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم — العلة لا تتقيد بمحل الحكم
وهي ضد المصلحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يودي الى الانكار
لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام البينة يكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعى عليه
والمدعي والشهود والقاضي والى هذا اشار النبي عليه السلام بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال ابو منصور
الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضا في بني ادم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا
صحيح لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النايرات بين الناس واقامة الفتن والمكابدات الا ترى الى ما حكي
ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب نغمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم اربعون الفا فاشتد الحرب بينهم الى ان وقع الصلح فانطفا
النايرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه اشد لدفع الشر فكان اولى به **قال** رحمه الله **وهو جايز باقرار
وسكوت وانكار** لاطلاق ما تلونا وما رويناه وما بينا من المعنى ولقوله عليه السلام كل صلح جايز فيما بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا

للدافع

الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه العقود له فتجري فيه احكامه

للدافع حراما على الاخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الاخذ او نقول ان المدعي ان كان محقا كان اخذ
المدعى حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح
وحل له بالصلح فصار صلحا احل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فان كان
التمليك رشوة كان التملك قبولا للرشوة اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك فيكون المدعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي اخذا
لترك الظلم قلنا ليس هذا بمراد النبي عليه السلام لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار ايضا لان الصلح يقع عادة على ما دون
حقه فما زاد على الماخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه
منعه قبل الصلح وحل له بعده ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد
من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ثم حرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيودي هذا الى تحريم اسباب
الملك باسرها وانما مراده عليه السلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل ان يصالح على الخمر او
الخنزير او يصالح احدى الضرتين زوجها على ان لا يطا الاخرى او امته فيحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه
عليه السلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقوله
رشوة وتمليكه قبول للرشوة الى اخره لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه او بدل له فهو حلال له اخذه واكله
وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو ايضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال
ابو حنيفة رضي الله عنه ان اجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة
والخصومة والفساد الذي يتولد منها واما مع الاقرار فلا يوجد فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج
فيه الى الصلح بل هو استيفا لبعض حقه واسقاط للباقي ان اخذ بعض حقه من جنسه وان اخذه من خلافه فهو بيع عن طوع
منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جايزة لدفع الظلم عن نفسه وما جا فيه من الذم من قوله عليه السلام لعن الله الراشي
اعطا الرشوة لدفع الضرر — والمرتشي المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور ليستعين به على الظلم بالرشوة واما الدافع الضرر
عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن ابي يوسف رحمه الله انه اجاز ذلك للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عن اليتيم
الا ترى ان الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا ياخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المفسد
من المصلح وقوله اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما
كمن اقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فدا في حق المشتري اذ لا بيع بينهما
على زعمه وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري ما ادى اليه اجتهاده والخلع يمين في حقه معاوضة في حقها وكذا
الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين **قال فان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا**
لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه احكام البيوع وهذا لان الاصل في الصلح ان
العبرة للمعاني دون الصور — يحمل على اشبه العقود له فتجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا
والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر فان وقع
على خلاف جنس المدعي فهو بيع وشراء كما ذكر هنا وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعي فهو حط وابراء وان
كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا **قال فيثبت به الشفعة والرد بالعيب
وخيار الرؤية والشرط** لان هذه الاشيا من احكام البيع فيثبت فيه **قال وتفسده جهالة البدل** اي الذي وقع
عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير ان المصالح عنه لا يحتاج فيه
الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فيفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور
التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا يفضي الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل

اذا اجل البدل مؤجلاً قال وان استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض او بكله ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع بكل المصالح عنه او ببعضه لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فايهما ٥ استحق عليه ما اخذ رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال وان وقع عن مال بمنفعة اعتبر اجارة يعني الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما ذكرنا انه يحمل على اشبه عقود له اذ العبرة للمعاني فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع قال فيشترط التوقيت ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف في موضعه وانما يشترط التوقيت في الاجير الخاص بان ادعى شيا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع ولو مات احدهما او هلك محل المنفعة قبل الاستيفا بطل الصلح فيرجع بالمدعى ولو كان ذلك بعد ٥ استيفا بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت احدهما اعادة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفا فيه اما باستمرار العاقد استمرار او باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستيفا بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند ابي يوسف ينظر فان قتله المدعي او الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتله المدعى عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن عبد نفسه فصار كما اذا مات حتف انفه او اعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفا الحاصل بعقد الرهن والقبض قال والصلح عن سكوت او انكار فدا في حق المنكر ومعاوضة في المدعي لما بينا ويجوز ان يكون لشي واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما وفروعهما فيواخذ كل واحد منهما بما يزعم وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفدا اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كونه ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال فلا شفعة ان صالح عن دار ويجب لو صالح على دار يعني المنكر والساكت اذا ادعى على كل واحد منهما دار ٥ فصالح عنها بدفع شي اخر لم يجب في دار الشفعة لانه يدعي انها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتدا اليمين وقطع الخصومة ولو ادعى على كل واحد منهما شي فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي انه ياخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يواخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دار فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الاخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا يرى ان رجلا لو قال انا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر ياخذها الشفيع بالشفعة وكذا لو ادعى انه باع داره من فلان وهو ينكر ياخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة في حق نفسه قال ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد البدل ولو بعضه فبقدره يعني لو ادعى رجل على شخص شيا فانكر ثم صالحه على شي ثم استحق المدعى كله او بعضه رد المدعي العوض الذي اخذ كله او بعضه بقدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه اخذ على زعمه عوضا عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بنا على زعمه كانه اشتراه منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض

الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير خصومة فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين ايضا احد
ان المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما اذا ادى المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما اعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما يرجع المدعي بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين اخذ المدعى منه فيكون له ان يخاصمه قال ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع الى الدعوى في بعضه او كله اي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع المدعي الى الدعوى في كله ان استحق كل العوض او في بعضه ان استحق البعض لان المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشي بهذا وقال الاخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعي نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعي ملك المدعي فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الانكار ٥ والسكوت لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح ٥ في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك فصل قال الصلح جايز عن دعوى المال لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع عنه بمال عن اقرار او في حق المدعي وحده ان وقع عن انكار او سكوت وفي حق الاخر لافتدا اليمين وقطع الخصومة او في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جايز على ما بينا قال والمنفعة يعني الصلح عن دعوى المنفعة ايضا جايز ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال او بمنافع لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح الا يرى ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال او منفعة جاز فهذا اولى لكونه معلوما لان الخادمة متناهية لكن انما يجوز الصلح على المنافع عن المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال والجناية يعني الصلح جايز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما دونها عمدا كان او خطأ سوا كان عن اقرار او انكار او سكوت اما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية في الصلح عن دم العمد ومعناها من بدل له بدل اخيه المقتول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت في المحل في حق الفعل فجاز اخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن في النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيا فيهما يجب في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصلي وفي العفو عن القود لا يجب شي لانه لا يتقوم الا بالتقوم ولم يوجد وهذا لان التقوم يكون بقيام

شرط الصلح على المنافع عن العمد

ما يجوز اخذ العوض عنه من الحقوق وما لا يجوز

بلغ مقابلة على خط المصنف

الايدفع

غير مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا يماثله غيره الا ان الشرع اجاز اخذ عوضه عند اتفاقهما
فجاز اخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز اخذه لانه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري
وانما له ان يتملك انشاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والروية
وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في الصلح كما اذا صالح على دابة او ثوب غير
معين تجب الدية لان الولي لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم يسم شيئا
او سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شي لما ذكرنا ويسقط القصاص لان اقدامه على الصلح يتضمن الابراء عنه وكذا
الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرناه
وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال غالبا فاخذت حكمه فلا يسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف
ما ذكرنا من الخيار والقصاص واما الخطا في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا الا انه
لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على احد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على الاكثر من الدين في
جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان اقل
من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقدرهما بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسميته
ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيف ما كان لعدم الربا الا
انه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالي بكالي ولو
قضى القاضي باحد مقادير الدية فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضا فكان غيره
من مقادير الدية كجنس اخر فامكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتدا لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضا القاضي
فكما لا يجوز للقاضي ان يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما ايضا ان يصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو
صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا الصلح عن مال فيكون نظير الصلح عن ساير الديون وما دون النفس
معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيها ثم لا يختلف هذا الحكم
في هذه الاشيا بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة او افتدا
يمين قال لا في الحد يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بان رفع الزاني او شارب الخمر او القاذف فصالح هو
الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله ان يرجع بما دفع لان الحد حق الله تعالى لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير
لا يجوز وهذا لو ادعت المراة ان ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شي حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا
لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة او كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شي كان الصلح
باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على
مال حيث يجوز لان للامام ولاية عامة وله ان يتصرف في مصالحهم فاذا راى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض من
المشترك العام جائز من الامام ولهذا لو باع شيا من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل
من اهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه
ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين فيجوز قال ومن نكاح اي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي
والمراة تنكر لانه امكن اعتبار الصحة فيه بان يجعل في حقه في معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله
على اقرب العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها لافتدا اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان كانت هي المدعية والزوج
ذكر في بعض نسخ المختصر للقدوري انه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ
لم يسلم له شي في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون

الصلح على وضع شي في طريق العامة

بيع الامام من بيت المال

هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار اليه وذكر في بعضها انه يجوز لانه يجعل كانه زادها
على مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال والرق وكان عتقا على مال
يعني الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال وفي حق الاخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه
بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعي فان الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة
المال بغير المال كالنكاح والخلع غيرانه لا ولا له عليه لانه ينكر العتق ويدعي انه حر الاصل الا ان يقيم المدعي البينة بعد
ذلك فيقبل بينته في حق ثبوت الولا عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل موضع
اقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعي لانه باخذ البدل باختياره نزل بايعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعي كاذب فيه
لا يحل له فيما بينه وبين الله اخذ العوض ونظيره المقر له اذا كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة
نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدا فيطيب له قال وان قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وان
قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز اي لو صالح العبد الماذون له ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز
وانما جاز عن عبده دون نفسه لان الماذون له لا يجوز له ان يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه
في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى اذا كان بعوض لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له ان
يبيع نفسه ويصح بينه وبين الولي حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه في نفسه ولا يجب عليه البدل للحال
لانه ما في يده مال المولى ويتاخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بايناء بعوض
ويجب عليها المال بعد العتق كانه طلق او صالح على دين موجل وتصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرايه لانه
باستحقاقه القتل صار كالزايل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له ان يشتريه فكذا له ان يستخلصه بخلاف المكاتب حيث
يجوز له ان يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى احد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش
له وكذا اذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يودي بها كتابته ويحكم بحريته في اخر حياته ويكون الفضل لهم فصار
كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد الماذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال ولو صالح عن المغصوب
المتلف بما زاد على قيمته او على عرض صح ولو اعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على اكثر من
نصف قيمته لا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب ايضا على الاكثر من
قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لانها هي التي تمكن وجوبها في الذمة دون العين اذ العين
ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في الذمة وهي القيمة لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها
ربا ولهذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها اثر فلا يمكن ان يقابلها شي ولو امكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهي مقدرة فلا
يجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطا وضمان العتق لا يجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما اذا حكم
الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شي موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى اجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولابي حنيفة
رحمه الله ان الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قايمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل
من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا الجبر عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها في الذمة ممكن
الا يرى ان الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدرات تجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة
مال بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في نفس الوجوب الا ان عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة
ومعنى غير ممكن لان الاخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب
هو الله وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا اخذ عوضه اكثر من قيمته لا يكون ربا لانه ليس من اموال الربا كما في حال قيام
العين او نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه او يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم الا يرى

انه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتي يجب الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه كان مملوكا له فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربا فيها كما في حال قيام العين او نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار الي القيمة عند الضرورة ولا ضرورة في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل الماخوذ بدلا عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا يجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا بما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير النقد الي اجل لان المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان موجلا حتى لو لم يكن موجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع **قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه بل يلزم الموكل** هذا اذا صالح عنه عن انكار او سكوت او عن اقرار في دم عمد او فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشيا سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود واما الصلح على بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشيا بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شي الا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير انه اذا ضمن هنا وادى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه امر بالاداء عنه ليفيد الامر فايدته اذ الصلح عنه جائز بغير امره فكان فايدة امره الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبي فكان فايدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وادى يكون متبرعا والامر بالخلع مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما اذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل اصيل في المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل **قال وان صالح عنه بلا امره صح ان ضمن المال او اضاف الي ماله او قال على الف وسلم والا توقف فان اجازه المدعي عليه جاز والا بطل** وهذه المسئلة على اربعة اوجه لانه لا يخلو اما ان ضمن المال او لا فان لم يضمن فلا يخلو اما ان اضاف الذي وقع عليه الصلح الي نفسه او لا وان لم يضف فلا يخلو اما ان سلم العوض او لا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الي نفسه ولم يسلمه الي المدعي اما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير امره وضمن المال فالصلح عنه جائز لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي مثله يستوي المدعي عليه والاجنبي لانه لا يسلم للمدعي عليه شي كما لا يسلم للاجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا للاجنبي والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعي عليه اذ لا حظ له فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص واخواته على ما بيناه انفا والمدعي ينفرد بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعي عليه وسلامته تكون بالضمان لانه انما يلزمه بالعقد لكونه سفيرا فيه يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة الي نفسه بان يقول صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا لان الاضافة الي نفسه التزام منه للتسليم الي المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كالو ضمن فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف كالمضاف الي نفسه لانه تعين للتسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض اليه بان عقد المتبرع عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم يضمن ولم يضفه الي نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الي نفسه فاذا حصل له العوض في هذه المواضع الثلثة تم رضاه به وبري

المصالح

المصالح عنه ولم يحصل للمصالح شي لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين في يد المدعي عليه وهو مقر به انه للمدعي حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشرا لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت او وجده زيوفا او ستوقا لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شي معين ولم يلتزم الا ايفا من عينه فلا يلزمه شي اخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع ان يصالحه على الف ولم يضمن ولم يضف العوض الي نفسه بان قال صالحتك على الف فالحكم فيه انه يكون موقوفا لانه لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المدعي عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الي المراة

باب الصلح في الدين قال الصلح عما استحق بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفا لبعض حقه واسقاطا للباقي وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين الا يرى انه لو وقع عن الدين بجنس اخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الي اخره فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره بقوله وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وذكر بعضهم ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين لان في حمله عليها فساد العقد للربا وفي حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي جوازه فكان اولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما امكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه **قال فلو صالح عن الف على نصفه او على الف موجل جاز** لانه يجعل مستوفيا للنصف حقه ومسقطا للنصف في الاولى وفي الثانية يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسماية موجلة جاز كانه ابراه عن النصف واخر النصف وعلى هذا لو صالح عن الف جياد على خمسماية زيوف حالة او موجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه او موخرا لان من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة براس مال السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسماية جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديها سواء على ما عرف في موضعه وكذا لو كان له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه اخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا **قال وعلى دنانير موجلة او عن الف موجل او سود على نصفه حالا او بيض لا** يعني لو صالحه من الف درهم على دنانير موجلة او عن الف موجل على خمسماية حالة او عن الف سود على خمسماية بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تاجيله ومن له دين موجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها اجود على ما بينا فيكون اخذها

بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفا وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد المقدر المساواة ولم يوجد فلهذا
بطل الصلح حتى لو صالحه على الف حالة عن الالف الموجلة او صالحه على الف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه
في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة ولو كان له عليه الف فصالحه
على طعام موصوف في الذمة موجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه الف درهم ومائة
دينار فصالحه على مائة درهم جاز سوا كانت حالة او موجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتاجيلا
للمائة التي بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط ارجح لان الصلح مبني على الاغماض
ولهذا جاز عن المجهول والاصل في جنس هذه المسايل انه متى كان الذي وقع عليه الصلح ادون من حقه قدرا او صفة
او وقتا او في احد هذه الاشيا فهو اسقاط للبعض واستيفا للباقي لانه استوفى دون حقه وان كان ازيد منه
معنى انه دخل فيه ما لا يستحق من وصف او ما هو بمعنى الوصف كتعجيل الموجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة
لتعذر جعله استيفا في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة وانما كان تعجيل الموجل كالوصف لان المعجل
خير من الموجل ولهذا ينقص الثمن لاجله فيكون الحط بمقابلة الاجل فيكون ربا فلا يجوز الا اذا صالح المولى
مكاتبه عن الف موجلة على خمسماية حالة فانه يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضة فلا
يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة
من المكاتب فيما بقي قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو ايضا مندوب اليه في الشرع قال
ومن له على اخر الف فقال اد غدا نصفه على انك بري من الفضل ففعل بري والا اي ان لم يود غدا النصف وهو
خمسماية لا يبرا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبرا وان لم يود ولا تعود اليه خمسماية الساقط ابدا
لان اشتراط الادا ضايع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال عليه حال فبطل التعليق به
وصار ابرا مطلقا ولهما انه جعل ادا خمس المائة عوضا لان كلمة على للمعاوضة والادا لا يصلح عوضا لانه واجب عليه
قبل الصلح وهو لم يذكر للابرا عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيا فصار وجوده كعدمه
فحصل الابرا مطلقا كما اذا ابدا بالابرا بان قال ابراتك من خمسماية من الالف على ان تعطيني خمس المائة غدا بخلاف
ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا
جاز في البيع ايضا على ما مر ذكره ولهما ان كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة
لما ذكرنا تصحيحا للتصرف فاذا كان للشرط جاز تقييد الابرا به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة
فان الاصيل يبرا بقيد على صفة وهو سلامة العوض لمن المحال عليه فصار كما اذا ابراه عن البعض بشرط ان يعطيه
كفيلا بالباقي او رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس غرضا فيه حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة
اربح منه بخلاف ما اذا قدم الابرا لانه بري بالبراة به فلا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه لم يبرا في اوله
واخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير ان تكون للشرط لا يبرا مطلقا
وانما يبرا بالادا وعلى تقدير ان تكون للعوض يبرا مطلقا فلا يبرا بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف على خمسماية تدفعها الي غدا وانت بري من الزيادة
على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يزاحمه غيره والثالث
اذا قال ابراتك عن خمسماية من الالف على ان تعطيني خمس المائة غدا فحكمه انه يبرا مطلقا ادى خمس المائة في الغد او لم
يود لان البراة قد حصلت بالاطلاق اولا فلا يتغير بما يوجب الشك في اخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسئلة
والاولى والرابع ان يقول اد الي خمسماية على انك بري من باقيه ولم يوقت للادا وقتا فحكمه انه يبرا مطلقا لانه

ابرا مطلق اذ لم يوقت له وقتا وليس له فيه غرض صحيح لان الادا واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد
بل يحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما استفيد بالعقد والادا واجب قبله فلغا بخلاف
المسئلة الاولى لان الادا فيها مقيد بعدم الادا وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس اذا قال ان اديت
الي خمسماية او اذا اديت او متى اديت فحكمه انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراة لا تحتمل التعليق بالشرط
لما فيها من معنى التمليك لانه يملك ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط محض فيجوز
تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من انواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد فصار
كالمضاف الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه قال
ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى توخره عني او تحط يعني بعضه ففعل صح عليه لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة
او التحليف فينكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه اقصى ما في الباب
انه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة فصل قال رحمه الله
دين بينهما صالح احدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه ان يتبع المديون بنصفه او ياخذ نصف الثوب من شريكه
الا ان يضمن ربع الدين يعني الا ان يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان احد الشريكين لا يختص بالمقبوض
من الدين اذ لا يجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته ان يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل
على الثوب كما في فصل الشرا لانه اخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو الزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ
قيمة الثوب كله ربع الدين فاثبتنا له الخيار بين ان يرجع على المديون بنصيبه وبين ان ياخذ نصف ما وقع عليه الصلح
واذا رجع على المصالح اثبتنا للمصالح الخيار ايضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر
عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل الشرا والاقتضا لنفس الدين لان الشرا مبني على المماكسة والظاهر انه استوفى
قدر حقه بالكثير فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضا قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما
ان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فياخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض
كانه عين حقه وان كان غيره ولهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة
وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك ان يكون
واجبا بسبب متحد كثمن المبيع بان كان لكل واحد منهما عين على حدة او كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا
الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما او قيمة العين المشتركة المستهلكة او بدل القرض
من المال المشترك بينهما او يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيد بكون المصالح عنه دينا لانه لو
كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه
لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيد بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف جنس الدين لانه لو
صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض الدين ولا فرق فيما
ذكرنا من الحكم بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان المدعيين يتصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا
وما ياخذ بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبضه
فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو يبريه عن دينه او يبيع الطالب كفا من زبيب او نحوه بقدر نصيبه
عن الدين ثم يبريه عن الدين وياخذ ثمن الزبيب قال ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم لان
قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله ان يشاركه فيه ان شا لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب ان
ياخذ منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضا ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له

الاضطرار لا يمنع نفوذ تصرفه

الدين المشترك

لو اراد القابض ان لا يرجع عليه شريكه بالنصف

ان يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشتري به ثوبا حيث لا يكون له ان يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمنه
ربع الدين ان شا لانه اتلف عليه نصيبه وان شا رجع علي الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له ان يشاركه في
الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفي الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان علي الغريم
لاستوايهما في الاقتضا ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توي نصيبه بان مات الغريم مفلسا رجع علي
القابض بنصف ما قبض لان التسليم يتقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة لكن
ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوي ويعود
الي ذمته في مثلها قال ولو اشتري بنصيبه شيا ضمنه ربع الدين يعني ان شا لانه صار قابضا لنصيبه
بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبني البيع علي المماكسة بخلاف الصلح علي ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا يتصور فكيف
تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشرا
او صحة المصالحة وكم من شي يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم ان لا يتبع القابض في الجميع ويرجع علي المديون لان القابض قبض
حقه الا ان له حق المشاركة فكان له ان يشاركه ولو كان للمطلوب علي احدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتي صار دينه قصاصا
به فلا ضمان عليه لانه قضي دينا كان عليه لما عرف ان اخر الدينين قضا لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضا وكذا
المشاركة لا تجب بالقضا وانما تجب بالاقتضا ولو ابراه احدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابرا فوق الصلح في التبرع
لانه لم يقبض شيا فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا اولي ان لا يضمن ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما علي ما بقي
من السهام لان الحق عاد الي هذا القدر ولو غصب احدهما عينا من المدين او اشتري منه شرا فاسدا فهلك عنده فهو
قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم اخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضا من الطالب
فيضمن لشريكه والاستيجار بنصيبه كالشرا بنصيبه حتي يضمن ربع الدين لان للمنافع حكم المال وعن محمد انه اذا
اضاف العقد الي الدين لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو احرق احدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند ابي يوسف حتي
لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شي بخلاف الغصب ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان اتلفه بالاحراق لان
الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا احرقه في يد مالكه من غير قبض وعند محمد رحمه الله
هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا ان اخر الدينين
قضا للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه ولو تزوج احدهما بنصيبه بان كان لهما دين علي امراة فتزوجته عليه نفسها او علي
مولي الامة فزوجها المولي منه عليه او علي المكاتبة او علي الامة الماذون لها فتزوجها عليه باذن المولي ليس بقبض في ظاهر
الرواية حتي لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شي يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية علي نفس المدين وكالابرا وعن
ابي يوسف انه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة علي ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين
الدين عند الاضافة اليه فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد اليه بان سمي دراهم مطلقة
فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع اليه شريكه بالاجماع لانها لم تملكه وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد
ليس بقبض لانه لم يملك شيا قابلا للشركة فصار كالهبة ولو اخر احدهما نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز ومحمد معه
في رواية ومع ابي حنيفة في اخري لابي يوسف رحمه الله انه ابرا موقت فيعتبر بالابرا المويد ولانه تصرف في خالص حقه فلا
يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقي كل واحد من النصيبين علي الشركة وذلك بان يكون المؤجل بينهما اذا حل الاجل
ويرجع المؤخر علي القابض عند حلول الاجل ولابي حنيفة رحمه الله انه يودي الي قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان القسمة
فيها معني تمييز الحقوق والافراز وفيها معني التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه
الدين لانه وصف في الذمة فيبطل وانما قلنا بانه يودي الي قسمة الدين لان الحال والمؤجل يختلفان وضعا وحكما حتي لا يطالب

الساكت

قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا

الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوي عدم القسمة فيه بعد ذلك
الا دعوي المحال ولان فيه ضررا علي شريكه بان يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه ان الساكت يطالب بنصيبه في الحال
فاذا خلص منه رجع عليه هو بنصفه عند حلول الاجل ثم يرجعان علي الغريم فيوخره ونصيبه ايضا مثل ما اخر في الاول ثم يطالب
الساكت بنصيبه فاذا اخلص منه رجع عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يجعل هكذا الي ان يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه ومنعه
من وصول حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفي علي احد فلا يمكن منه كما لا يمكن احد الشريكين ان يكاتب نصيبه بغير رضا الاخر
بخلاف الابرا لانه لا ضرر عليه فيه وهو ايضا لا يودي الي قسمة لان القسمة انما تكون مع بقا النصيبين ملكا للشريكين ولم
يبق للمبري فيه ملك فلا يكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جايز قبل القسمة الا يري انه لو اتلف نصيبه من
الدين لا يشارحه اقران وصار ملكا للغزل له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك قال وبطل صلح احد رب
السلم عن نصيبه علي ما دفع اي علي ما دفع من راس المال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز هذا الصلح
وانما شرط ان يكون هذا الصلح علي راس المال لانه لو كان علي غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لابي يوسف
رحمه الله انه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في ساير الديون وهذا لان الصلح فيه علي راس المال كالصلح في غيره علي ما اراد
من المال الا يري انه يجوز اذا اجازه شريكه ويشاركه في المقبوض ويرجعان علي الغريم فاذا كان كذلك وجب ان ينفذ
في حقه ثم يكون لشريكه الخيار ان شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شا رجع علي المسلم اليه كساير الديون وكما
~~لان الصلح فيه علي راس المال كالصلح في غيره علي ما اراد من المال الا يري انه يجوز اذا اجازه شريكه ويشاركه~~ في نصيبه
في المبيع المعين ولهما ان هذا العقد حقهما فلا ينفرد احدهما بفسخه وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد
وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة
لا يثبت به شي من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الاخر كما لو زوج احد المعتقين المعتقة بخلاف شرا العين فان العين اصل لوجوده
العقد حتي لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا يكون اصلا لصحة الدفع لان العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد
وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها وفي المسلم فيه لا
يثبت الملك الا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه الا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية ولانه لو جاز في
نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا بد من
اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه الي ذمته والمسلم فيه
لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا ثم فسخا الاقالة لا ينفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه ايضا ان يجوز
صلحه ثانيا حتي يسقط عنه ما عاد الي ذمته وكذا ثالثا ورابعا الي ان لا يبقي منه شي لان غرضه براة ذمته ولن
يحصل ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان راس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما
علي حدة اختلفوا فيه وقال بعضهم يجوز عندهما ايضا لان المانع كونه يودي الي العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا
المعني هنا لان الدافع ياخذ منه ما دفعه اليه وليس للاخر ان يشركه فيه لانه لم يدفع اليه شيا اخر فلا يودي
الي عوده بعد السقوط وقال بعضهم هذه الصورة ايضا علي الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يودي الي
قسمة الدين قبل القبض او لان العقد حقهما الي اخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعني هنا فلا يجوز وهو الصحيح
لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط
بعلل ولان من اجازه لم يجز الا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينتهض حجة لعدم الحكم الجواز لترادف العلل علي
حكم واحد فعدم بعضها لا يدل علي عدم الحكم الجواز ان يخلفه غيره علي انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض
اذا لم يخلطا المال بل له ان يشاركه فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين

اذا كان احد الشريكين من غير رضا شريكه لا يبيع

زوج احد المعتقين بلا رضا الاخر

بلغ مقابلة علي خط مصنفه

اصطلاح الاصل شبهة الشبهة

الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة

السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يقبض احدهما شيئا من المسلم فيه الا شاركه فيه صاحبه ولا تأثير لخلط
المال ولا العدمه فكذا في راس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال وان اخرجت الورثة احدهم
عن عرض او عقار بمال او عن ذهب بفضة او بالعكس اي عن فضة بذهب صح قل او كثر يعني قل ما اعطوه او
كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابرا اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابرا عن العين
وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جايز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس وفيه
الاثر وهو ان تماضر امراة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار وقيل الي ثلثة وثمانين
الف بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وروي ان ذلك كان نصف حقها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
يتخارج اهل الميراث اي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه
الي التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه جايز كمن اقر بغصب شي فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره
لما ذكرنا ذكره في النهاية معزيا الي الذخيرة والي التتمة وقال لا يشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكر في التتمة
وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة او وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لانه
صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان
كان مقرا يعني مقرا غير مانع لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الي ان
العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعد روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل او الموزون وانما لا ينوب
هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بان ينتهي الي مكان يتمكن من قبضه
بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبض ينوب احدهما عن الاخر كالمضمون عن المضمون والامانة
عن الامانة قال وعن نقدين وغيرهما باحد النقدين لا ما لم يكن المعطى اكثر من حظه منه اي لو صالح عن
الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب او الفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزايد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله
على الابرا من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانه لو اعطوه قدر حقه او اقل بقي العروض
او العروض وبعض الذهب او الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان
الفساد على تقدير ان يكون مساويا له او اقل فكان ارجح واولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على اقل من
نصيبه في مال الربا في حالة التصادق واما في حالة التناكر بان انكروا وراثته فيجوز ووجه ذلك ان في حالة
التكاذب ما ياخذ لا يكون بدلا لا في حق الاخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد من التقابض فيما يقابل
الذهب والفضة منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان او كثيرا
قبض في المجلس او لم يقبض لعدم الربا واذا كان بدل الصلح دراهم ودنانير صح الصلح كيف ما كان لانا نصرف الجنس الي
خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل اولى به لان المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه
قبل الافتراق لانه صرف قال ولو في التركة دين على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم بطل لان فيه تمليك
الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم تعدى الي الكل لان الصفقة واحدة سوا بين
حصة الدين او لم يبين عند ابي حنيفة رحمه الله وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف
فيما اذا جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن
بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية وفي النهاية تردد هذه المسلة يعني مسلة الصلح على قول ابي يوسف
ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وهاهنا قالا

فسد في

لا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة

فسد في الكل فالحاصل ان هذا انما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن ان يقال مرادهما في مسلة الصلح فيما
اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا للقاعدتين قال وان شرطوا ان
يبرا الغرما منه اي من الدين صح لانه اسقاط او تمليك للدين ممن عليه الدين وكل ذلك جايز وقال صاحب الهداية
وهذه حيلة الجواز واخرى اي حيلة اخرى ان يعجلوا قضا نصيبه متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر ببقية
الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما ورا الدين ويحيلهم على استيفا نصيبه من الغرما
وهذا في الوجهين ظاهر لانهم اذا اعطوا للمصالح شيا بمقابلة الدين او قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل
لهم ضرر دنيوي وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم
الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الا ضرر التقديم فان العين خير من الدين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر او
نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرما او يحيلهم ابتدا من غير بيع شي ليقبضوه له ثم ياخذوه لانفسهم ولو كانت اعيان
التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل او موزون قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا
الصلح لما فيه من احتمال الربا بان يكون في التركة مكيل او موزون من جنسه فيكون في حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال
الفقيه ابو جعفر يجوز لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا كان فيها يحتمل ان يكون الذي وقع عليه
الصلح اكثر وان احتماله ان يكون مثله او دونه هو احتمال الاحتمال فنزل الي شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دونها
وهذا هو الصحيح وهذا يدل على ان الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع وبيع المجهول لا يجوز والاول اصح
لان الجهالة هنا لا تفضي الي المنازعة لانها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الي التسليم حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها
لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوما للحاجة الي التسليم قال ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة
لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث لان حاجته مقدمة
على الارث ولو ضمن رجل بشرط ان لا يرجع في التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براة الاصيل وهو الميت فتصير
حوالة فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغي لهم ان يقتسموا او يصالحوا عنه
وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزا التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف
الي جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة ووجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن
دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث ادى الي الحرج او الي ان لا يملكوا اصلا فقلنا بانهم يملكونه دفعا
للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين ويتركون حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا الي نقض القسمة والله اعلم

كتاب المضاربة

قال رحمه الله هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب يعني المضاربة
عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر هذا في الشرع والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرطا
فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما نبين وقيل هي عبارة عن دفع المال الي غيره ليتصرف فيه ويكون الربح
بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نما ملكه وللمضارب باعتبار انه تسبب لوجود الربح
وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين
يسافرون للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب
المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما نتلوه من نظم الاية
وهي مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الي التصرف ومنهم
من هو بالعكس فشرعت لينتظم مصالحهم فانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها وتعاملتها ه

الصلح مع جهالة التركة يجوز لان الجهالة لا تكون في يد المصالح او بعضها

الصحابة رضي الله عنهم الا يرى الى ما يروى ان عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون راس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شايعا ونصيب كل منهما معلوما وان يكون عينا مسلما اليه فان فقد شي من هذه الاشيا فسدت وركنها ان يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله بيننا نصفان او نحو ذلك من الالفاظ التي تثبت بها المضاربة وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وانواعها عامة وخاصة على ما يجي كل واحد منه مفصلا **قال** رحمه الله **والمضارب امين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد اجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع** يعني بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون امينا لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة واذا اراد ان يجعله عليه مضمونا اقرضه راس المال كله وليشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذ منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ راس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل او اقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقدا شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه بامره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا له اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط ه وانما صار اجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها اجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق اجرة اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ثم لا يزداد على المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله على النحو الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه الذي امر به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار راس المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرطا ان يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع راس المال مقتضى فقضيته الا يرد راس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن لفظة المضاربة تقتضي رد راس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض ادنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان اولى لكونه اقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكانه نص عليها **قال وانما تصح بما تصح به الشركة** ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال مثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يستربح عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وامكن تقدير راس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا ابتنى المفاوضة عليها فكذا تجوز الابتداء بها ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها امانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شركه في الربح فيحصل ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شي في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشرا بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض الا يرى انها تتعين بالتعيين تناول تصرف يكون

اذا اراد ان يجعله على المضارب مضمونا

فيها

لو تلف العين في يد اجيره بعد العمل فله اجر المثل

فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشرا فيكون هذا استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد وكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف ان الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط الا يرى ان الاضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك راس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا تقطع راس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جايز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشرا والتوكيل بالشرا بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البايع او المبيع عند ابي حنيفة فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمامور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشرا بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للامر لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا **قال ويكون الربح بينهما مشاعا** اي لا تصح المضاربة الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به حتى لو شرطا لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يودي الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد الربح على المسمى **قال فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لا يجاوز على المشروط** وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نما ملكه ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم ه المنافع والعمل كما في اجير الوحد وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منها مع انها فوقها في امضا حكمها واستحقاق المسمى فيها والمال في المضاربة الفاسدة امانة غير مضمون بالهلاك كما في الصحيحة منها لان الفاسد من العقود ياخذ الحكم من الصحيح منها ولانه عين في يد اجيره ولو تلف بعد العمل فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بنا على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لانه ياخذ بهذا الطريق ما شا من المال والفرق لهما على الظاهر ان هذه مضاربة لفظا واجارة معنى من حيث انه طلب لعمله اجرة فعملنا باللفظ في انتفا الضمان وبالمعنى في وجوب اجر مثله ربح او لم يربح او نقول انه كاجير الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار نفسه في ذلك الوقت **قال وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها والا لا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب** اي ان لم يكن موديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يودي الى جهالة الربح من الشروط ان يشترط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته ويسقط ما اصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزءا معلوما من الربح شايعا ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زايد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لانها فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب امين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه ان كل شرط يوجب جهالة في الربح او قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا **قال ويدفع المال الى المضارب** يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له

ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة

ولو قال اقبض ديني واعمل به مضاربة جاز بخلاف الدين الذي في ذمته حيث لا يجوز

المال في المضاربة الفاسدة امانة غير مضمون بالهلاك

الفاسد من العقود ياخذ الحكم من الصحيح منها

الذي يؤدي الى جهالة الربح من الشروط

الوضيعة الخسران

من ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما ياخذ مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية
ولان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الاخر لان
الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها لا يخرج العقد من ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان
المال فيها من احد الجانبين والعمل من الاخر فلا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط
العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما على مالهما لجهة الملك
كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا احد الشريكين اذا دفع المال مضاربة فشرط ان يعمل شريكه مع المضارب
لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان
كان العاقد ليس باهل للمضاربة في ذلك المال يفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان التصرف
فيه اليه واليد ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة
وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطاه
ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو اخذا ماله مضاربة ليعملا بانفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا
عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا
لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية
من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب نظر
فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة
جائزة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه
لا يفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين او لم يكن قال ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري
ويوكل ويسافر ويبضع ويودع يعني للمضارب ان يفعل هذه الاشيا كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه
مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة
من التصرف دون جهة او في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع
والمسافرة من صنيعهم وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن ابي يوسف عن
ابي حنيفة انه ان دفع اليه المال في بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له ان يسافر به الى بلده لان الظاهر
ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم بدار الغربة دايما في الغالب واعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على
رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ دال عليه ولا نسلم
انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم الا ترى ان للمودع ان يسافر بالوديعة مع انه ليس له ان
يودع والمضارب له ذلك فكان ادنى منها واولى بالجواز وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة لان ذلك تعريض يوجب
تصريف عن مال المضاربة ومنعه من التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض
يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع اهلاك او تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر
من الثلث ونحن نقول البيع من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه
وهو اقرب الى تحصيل الربح عادة فكان اوفق لمقصود رب المال وله ان ياذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة
الابضاع وعن محمد انه ليس له ذلك كالمضاربة فان المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال
ولا يزوج عبدا ولا امة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب لانه يصل الى المهر والى سقوط
نفقتها بخلاف تزويج العبد فان فيه اشتغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت

عمل الاب والوصي مع المضارب بجزء من الربح

دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب

بالنسيئة صح

الاطلاق

الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير

الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا باي طريق كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب ولا يعتق
على مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب
دون التجارة ولهذا كان له ان يكاتب فيملك تزويج الامة ايضا ونظيرها الاب والوصي حيث يملكان تزويج الامة والكتابة دون
تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة
عنان او مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال ولا يضارب الا باذن او باعمل برايك يعني لا يجوز ان يعطي المال
مضاربة الا باذن رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه او التفويض المطلق
اليه الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه
العقود امثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حرا يدا فله ان يكاتب ولان الكتابة كالبيع
من نفس العبد فيملكه والمأذون فك الحجر عنه فصار متصرفا لنفسه فله ان ياذن لعبده والمستعير ملك ايضا تمليك المنفعة
وبخلاف الايداع والابضاع لانهما دونها فتتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا بالتصريح لان المراد
من قوله اعمل برايك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه فصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة ه
والخلط بمال نفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برايك قال ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة
ووقت ومعامل كما في الشركة اي اذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها او في معاملة رجل بعينه
لا يجوز له ان يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فايدة من امن خطر الطريق وخيانة المضارب
ومن نفقته من ماله وكذا الاسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفايدة فيعتبر ولو عين له بلدا واخرجه الى غير ذلك البلد
او دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيا بعد ذلك كان المشتري له
لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشرا والنقد من مال الغير فكان له فصار كمن اشترى شيا ونقد الثمن من المغصوب
ولو لم يشتر شيا حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد
المال مضاربة مثل ما كان لانه باق بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك
البلد كان للمضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به لما كان مفيدا تقيد به وصار نفس الاخراج متعديا ضامنا لكنه لا
يتقرر الا بالشرا من بلد اخر فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا قيده في
سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قل ما تتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا
يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فح يتقيد به لان المال له وولاية التصرف
فيه اليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما الا ترى ان المودع اذا شرط عليه الحفظ في محلته ليس له
ان يحفظها في محلة اخرى فاذا تصور الاختلاف تقيد به فيضمن اذا خالفه بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث
كان له ان يبيعه حالا عند علم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من لو وكل شخصا ببيع عبده
بالف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بالفين فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا وهذا لان الشرط اذا كان غير
مفيد لا يعتبر حتى اذا اودع وقال لا تضعها من يدك ليلا ولا نهارا لا يتقيد به لعدم الفايدة فيه ثم الالفاظ التي تفيد
التقييد بالمذكور قوله هذا مضاربة تعمل به في مصر كذا لان قوله تعمل تفسير لقوله خذ مضاربة والكلام المبهم اذا
تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه في معنى التفسير لان الفا للوصل والتعقيب والذي وصل
الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذ مضاربة بالنصف بمصر لان البا للالصاق فيقتضي ان يكون العمل
فيه وكذا لو قال خذ مضاربة بالنصف في مصر لان في للظرف وانما يكون ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال
خذه مضاربة على ان تعمل بمصر لان على للشرط فيتقيد به ولو قال خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن

الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه او التفويض المطلق اليه

الظاهر ان المراد بنفقته الرقيق المشترى فانها تكون من مال المضارب لا من مال المضاربة

الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر

بلغ مقابلة على خط مصنفه

في العمل في غير لان الواو للعطف والشي لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتدا اذا كان بعدها جملة
فتكون مشهورة لا شرطا في الاول وفي الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل به
بالكوفة او لتعمل به او تعمل بالكوفة مجزوما او مرفوعا او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف
بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال
متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتدا او يمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة
وان استقام الابتدا به لا يبني على ما قبله ويجعل مبتدا كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة مشورة فكان
له ان يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال لتشتري
به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على ان تشتري من فلان
وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يشتري ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضا واقتضا
ولو قال على ان تشتري به من اهل الكوفة او من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او غير الصيارفة جاز لان
المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان او بالنوع فتقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول
ويبيع فيها ويبيع فيها من اهلها ومن غير اهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم
لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة والصيارفة ولا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ه
ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما مر فهو فيعتبر وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل
فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان **قال ولم يشتر من يعتق على المالك** اي ليس له ان يشتري من يعتق على رب المال
بقرابة او بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشرا وفي التصرف فيه كثيرا والعتق
ينافيه بخلاف الوكيل بشرا العبد حيث يجوز له ان يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجري على اطلاقه
وهنا مقيد بما لا يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لي عبدا ابيعه او قال
استخدمه او جارية اطاها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشرا اذا وجد
نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل
والفرق ما بينا **قال او عليه ان ظهر ربح** اي ليس للمضارب ان يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال ربح لانه يعتق
نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف الذي بينا في العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد
من ظهور الربح المذكور هنا ان يكون قيمة العبد المشتري اكثر من راس المال سوا كان في جملة مال المضاربة ربح او لم
يكن لانه اذا كان قيمة العين مثل راس المال او اقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا كان
راس المال الفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا يعتق عليه وكذا لو
كان له ثلثة اولاد او اكثر وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق منهم شي لان كل واحد مشغول براس المال ولا
يملك المضارب منهم شيا حتى تزيد قيمة كل عين على راس المال على حدة من غير ضمه الى اخر **قال وضمن ان فعل** اي ضمن
المضارب ان اشترى قريبه وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
قال وان لم يظهر ربح صح اي ان لم يكن في قيمة العبد المشتري زيادة على راس المال جاز شراوه للمضاربة لانه اذا
لم يزد قيمته على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا براس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة ه
فيجوز **قال فان ظهر عتق حظه** اي ان ظهر الربح في المشتري بعد الشرا بان كانت قيمته وقت الشرا قدر راس المال
او اقل ثم زادت قيمته حتى صارت اكثر من راس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب ان يعتق
عليه بقدره **قال ولم يضمن لرب المال** لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة

كذا

لو اشترى من يعتق على رب المال كان مشتريا لنفسه بخلاف الوكيل

من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره **قال ويسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه** لانه احتبست ماليته
عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه وفي الكافي لو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه
بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر
مخالفا الشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من
الشريك الاخر نفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب او الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من
الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب او الوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد الماذون له فانه لو
اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين
محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بنا على انه هل يدخل في ملك المولى ام لا **قال معه الف
بالنصف** اي مع المضارب **فاشترى به امة قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه موسرا** اي
ادعاه المضارب في حال يساره **فبلغت قيمته الفا وخمسماية سعى لرب المال في الف وربعه** اي ربع الالف
وهو مايتان وخمسون **او اعتقه فان قبض الالف ضمن المدعي** وهو المضارب **نصف قيمتها** اي نصف قيمة
الجارية وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولد من النكاح بان يحمل ان
البايع زوجها منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامر على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو
شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة ه
اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها
ليس باولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق
التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا ازدادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسماية ظهر الربح فيه في ذلك الوقت فملك
المضارب منه نصف الزيادة فتنفذ دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد
ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشا فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد حدوثه
اما الدعوى فاخبار فاذا ارد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا اقر
بحرية عبد لغيره ثم رد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا
نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد
لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه
لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير اصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير ولهذا قال الصديق رضي الله عنه
للذي اقر بين يديه بالزنا ثلث مرات اياك والرابعة فانها هي الموجبة ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان
لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان رب المال بالخيار ان شا اعتق نصيبه من الغلام وان شا استسعاه
لان ماليته احتبست عنده على ما مر في الاعتاق فاذا اختار الاستسعا استسعاه في الف ومايتين وخمسين
لان الالف مستحق له براس المال ومايتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه الف درهم صار مستوفيا لراس
ماله وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن راس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها ام
ولد له لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزي بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان او
معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان تملك ولهذا الوارث ام
ولد مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه ان يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فانه
ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا يجب بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار ليعلم انه

الحكم مضاف الى الوصف الاخير

لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي

هنا ح

لا يجب على احد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية ام ولد للمضارب لانها مشغولة براس
المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن راس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت ام ولد له لما
ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة براس المال على حالها
قلنا المقبوض من جنس راس ماله فكان به اولى لجعله من راس المال ولان راس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما
شي من الربح الا بعد سلامة راس المال لرب المال فكان جعله به اولى بعد وصوله الى يده ولو لم تزد قيمة الولد على الف
وزادت قيمة الام حتى صارت الفا وخمس مايه صارت الجارية ام ولد للمضارب ويضمن لرب المال الف درهم ومايتين
وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ووجب عليه لرب
المال راس ماله وهو الف ووجب عليه ايضا نصيبه من الربح وهو مايتان وخمسون فاذا وصل الى يده الف استوفى
راس المال وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق
على نحو ما ذكرنا في الام ثم ياخذ منه مايتين وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت
الجارية ام ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما وياخذ راس المال من المضارب لان ما وجب عليه ايسر المالين لانه
معجل وهو موسر والسعاية موجلة والعبد معسر وياخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن ايضا نصف عقرها
لانه لما استوفى راس المال ظهر انه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه
نصيب المضارب والله اعلم

باب المضارب يضارب

قال رحمه الله فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني اي اذا دفع المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع
ما لم يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يضمن حتى يربح وقال زفر رحمه الله
يضمن بالدفع تصرف او لم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف لانه ليس له ان يدفع المال على وجه المضاربة لان
العقد لا يقتضي مثله على ما بيناه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما متعد كالمودع اذا اعار
الوديعة بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف
ووجه المروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال
الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له
ان يوكل وهذا لانه انما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشيا لا يصير مخالفا الا ترى ان له ان يفعل كل واحد منها على
الانفراد فلا يكون ضامنا به لكن اذا ربح اثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما اذا
خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار ان شا ضمن الاول راس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان
شا ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع
واما عند ابي حنيفة فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضا لانه قبضه لنفع نفسه
بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما
على ما شرطا لانه باداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني
يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالحقه اذ هو مغرور من
جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدي
فتبين انه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لانه
يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه براس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو
عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين واما اذا كانت احداهما فاسدة

او

او كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار اجيرا على ما بينا وللاول ان يعمل
في المال وان كانت هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة
وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا وليس للاجير ان يشرك غيره بل
المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا اجيرين
لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له ان يستاجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول ان يستاجر بعد ما
فسدت الاولى وهو اجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له ان يستاجر
في المضاربة الصحيحة كان له ان يستاجر في الفاسدة ايضا

قال فان دفع باذن بالثلث وقيل ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني الثلث اي دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني بالثلث
وكان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا نصفان وربح الثاني فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس
وللمضارب الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بامر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله
تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر ان ينتقص من نصيب رب المال شيا فبقي
له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه نما ملكه والمضارب الاول والثاني يستحقانه
بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير من استاجر خياطا ليخيط له ثوبا بدرهم واستاجر هو غيره ليخيطه له
الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميعا لما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق
الاول سدس الربح وهو قاعد

قال ولو قيل ما رزقك الله بيننا نصفان اي قال رب المال للاول ذلك والمسئلة بحالها فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله تعالى المضارب
الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو ماذون له فيه فلم يكن
من رزق الاول الا الثلثين فيكون ذلك بينهما نصفان ويطيب لهم بلا شبهة ايضا لما ذكرنا وهذا احسن في حق الاول

قال ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي اي قال رب المال
للمضارب الاول اي شي ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له
وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان
رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الاخر صار للثاني بشرطه فلم
يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى
لهما النصف

قال ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه او ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شي للاول لان قول رب المال ما رزق الله او ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون
له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع الربح فيكون له ايضا النصف فلم يبق للاول شي من الربح
فيخرج بغير شي كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما
اذا قال ما ربحت بيننا نصفان او ما رزقك الله حيث يكون لرب المال فيها نصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة
المتقدمة على ما بينا والاصل فيه ان رب المال متى شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط
من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن
ان يخرج الاول في هذه بغير شي وفي الاول يمكن على ما رايت ويمكن ان يضمن للثاني ايضا على ما نبين

قال ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا اي سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف
من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في

اي في مولم حصاص لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جايز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه بال المضاربة لانه نايب فيه عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولاحق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه كذا في الكافي

حق رب المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غرر في ضمن عقد المضاربة وهو ايضا سبب للرجوع كما استاجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف **قال وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على ان يعمل معه ولنفسه ثلثه صح** اي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من اهل ان يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقيقة ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه لا سيما هنا لانه يكون العبد ماذونا له باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لان بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد او لم يشترط وان كان عليه دين فهو لغرمايه ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فياخذ غرماوه والا فهو للمولى وان لم يشترط عمله فهو اجنبي عن العقد فكان المشروط كمسكوت عنه فيكون له لانه نما ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل او لم يشترط ان لم يكن عليه دين لان ما شرطه له للمولى فيكون كانه شرط للمولى من الابتدا وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمايه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فيتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فيبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب المال بلا عمل فان العبد لا يستحقه فيبقى في ملك رب المال فيكون له نما ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المديون فاشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من اهل ان يعمل في ماله المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المديون فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال او المضارب ان شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لانه صار مضاربا باشتراط العمل عليه وهو من اهل ان يضارب في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عمله صح والا فلا ويعلم بما ذكرنا ان اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا او اعلاما انه ليست يد المولى حتى لا يمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى **قال وتبطل بموت احدهما** لان المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرف في موضعه **قال وبلحوق المالك مرتدا** يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق امهات اولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا تتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها **قال وينعزل بعزله ان علم** اي ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط ان يعلم العزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بالعزل على ما بينا في الوكالة **قال وان علم والمال عروض باعها** اي علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا في الربح ولا يظهر الا بالنقد فثبت له حق البيع ليظهر ذلك **قال ثم لا يتصرف في ثمنها** لان البيع بعد العزل

كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النقد فصار كما اذا عزله بعدما نقد وصار من جنس راس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس راس المال ليس له ان يبيعه بجنس راس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل حكميا او قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بان نص كله او كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما في الوكالة وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على انهما يستويان فيه ان العلم بالعزل لا تاثير له هنا فلذا كونه حكميا لان العقدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا **قال ولو افترقا وفي المال ديون وربح اجبر على اقتضاء الديون** لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة **قال والا لا يلزمه الاقتضاء** اي ان لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع على اتمام ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواجب على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كالاخذ لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة **قال ويوكل المالك عليه** اي يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المالك ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيومر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال كي لا يضيع حقه **قال والسمسار يجبر على التقاضي** لانه يبيع ويشتري للناس عادة باجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفا لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البايع والمشتري فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع ويشتري للناس باجر من غير ان يستاجر ولو استوجر باجرة معلومة على ان يشتري او يبيع شيا معلوما لا يجوز الاجارة لانه استوجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشرا والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البايع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه ان يستاجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشرا الى اخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمه بتسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط واعطاه شيا لا باس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن **قال وما هلك من مال المضاربة فمن الربح** لانه تابع وراس المال الاصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكاة **قال فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب** لانه امين فلا يكون ضمينا للتنافي بينهما في شي واحد **قال وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح لياخذه المالك راس ماله** اي اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بان اقتسما بعض المال وترك بعضه في يد المضارب على انه راس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو امانة ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال راس ماله لان الربح تابع وراس المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه او قال فرايضه فاذا هلك ما في يده تبين انه ليس براس مال وان ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه على انه ربح لانه اخذه لنفسه حتى يتم به راس المال بخلاف ما بقي في يده حيث لا يضمنه لانه لم ياخذه لنفسه وما اخذ رب المال محسوب عليه من راس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة

لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد

لانه صح

لو شرط لمكاتب رب المال او المضارب بعض الربح

فلا صح

لا يجبر الواجب على التسليم

اسم السمسار البيع ويشتري

ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد لقضا الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليه من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شي الا بعد قضا الدين **قال وما فضل فهو بينهما** اي ما فضل من راس المال بعد التراد يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفا راس ماله الا في الربح **قال وان نقص لم يضمن المضارب** لانه امين فيه **قال وان قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الاول** اي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولي قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاولي فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من راس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب راس المال الي رب المال ثم يقتسما الربح ثم يرد رب المال راس المال الي المضارب ويقول له اعمل علي المضاربة فيكون بذلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولي وهكذا اذا فعلا ذلك في كل ما اقتسما لا يجب عليهما التراد عند الهلاك **فصل**

اعلم ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستيجار للركوب او الحمل والشرا له ولو سفينة اذا احتاج اليها وتاخير الثمن الي اجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي يوسف حيث لا يجوز تاجيله الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة وخلط مال المضاربة بماله او مال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التمييز فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا بد له عليه اللفظ وصورته هو ان يشتري بالدين بعد ما اشتري براس المال كله نوعا من التجارة فاذا فعل ذلك باسره كان المشتري بينهما علي ما شرطا والربح يتبع اصله حتي يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشتري براس المال عروضا ثم اشتري شيا اخر بالدين يكون زايدا علي راس المال فلم تنعقد عليه المضاربة او اشتري باكثر من راس المال ابتدا كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ علي المضارب فاذا اذن له نفذ عليهما واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاوها لانه اقراض والعتق علي مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشتري مكيلا او موزونا او معدودا نفذ علي المضارب لانه استدانة ولو اشتري بدنانير كان للمضاربة استحسانا لانهما جنس واحد من وجه **قال** رحمه الله **ولا تفسد المضاربة بدفع المال الي المالك بضاعة** وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من الربح شيا لان رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت شا اذا لم يتعلق حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتدا او كما اذا اخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه ان يكون المال مسلما الي المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالموجر وفعله الموجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا فيه

الاجير اذا استعان بالموجر لا يستحق الاجر

كالاجنبي

كالاجنبي ولان المضاربة فيها معني الشركة في الربح حتي جاز من غير توقيت وببعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيا لم يستحق شيا ولو كان اجارة لاستحق الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا علي عمله كما يستحقه رب المال فرعا علي المال كما اذا كان الاستيجار بهذا الطريق صح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان عمله تابعا تقديرا وكذا يد فلا يكون ماخذا لا علي وجه الفسخ مبطلا لها كالرهن اذا استعاره المرتهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه من غير ان يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن ان يجعل معينا له لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة انه يملك ذلك والاسترداد اذا كان المال ناضا حتي لو كان عروضا واخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتدا او اخذه بعد التسليم علي وجه المضاربة او شرط عليه العمل ابتدا حيث تكون هذه الاشيا مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية او يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فيخرج بها من ان تكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة محضة فلا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة او العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معني الشركة علي ما بينا **قال فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدوا** اي ان سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فاكله ومشربه وملبوسه يكون في مال المضاربة وان عمل في مصر ففي ماله كما يكون الدوا في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به فيجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدوا لانه من العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن الا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصر لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه ساكن بالسكني الاصلي ووجوب النفقة علي الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل او الاجير او الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا انا تركناه لما ذكرنا من المعني ولان العادة قد جرت ان المضارب ياكل من مال المضاربة اذا عمل في غير مصر وفي مصر ياكل من ماله والمكان القريب من مصر بمنزلة مصر والفاصل انه اذا كان في مكان بحيث يمكنه ان يغدو ويروح الي منزله فهو كمصر لان اهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه ان يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف دابته يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب يوجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له ذلك كله بالمعروف حتي اذا زاد يضمن ولو رجع الي بلده وفي يده شي من النفقة رده الي مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شي في يده يرده علي المحجوج عنه او الورثة وكالغازي اذا اخرج من دار الحرب يرد الي الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بواها المولي منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقي شي من النفقة في يدها استرده الزوج وعن الحسن عن ابي حنيفة ان الدوا ايضا يكون في مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة الي الدوا من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما في حق المراة وفي النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روي ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل ينفق علي نفسه من مال الشريك الاخر **قال فاذا ربح اخذ المالك ما انفق من راس المال** اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال قدر ما كان انفق المضارب من راس المال حتي يتم به راس المال

بلغ مقابلة على خط المصنف

فاذا استوفي راس ماله وفضل شي اقتسماه لان راس المال اصل والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم
لرب المال الاصل وهذا الان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الي الربح علي ما بيناه قال فان باع المتاع
مرابحة حسب ما انفق علي المتاع لا علي نفسه يعني اذا باع المضارب المتاع الذي انفق عليه ضم جميع ما انفق
علي المتاع من اجرة الحمل والطراز واجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة الي
راس المال بان يقول قام علي بكذا لان هذه الاشيا تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال في بيع
المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما انفقه علي نفسه في سفره وتقلباته في المال الي راس المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الي
راس المال ولا يزيد هو ايضا في قيمة المتاع بخلاف الانفاق علي المتاع لانها بالزيادة علي الثمن صارت في معني الثمن
قال ولو قصر او حمله بماله وقيل له اعمل برايك فهو متطوع يعني اذا قال رب المال المضارب اعمل برايك
فاشتري بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله او قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان راس المال لم يبق منه شي فيكون
تنفيذه علي رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز علي ما بينا وكذا لو زاد علي الثمن بان اشتري باكثر
من راس المال يكون متطوعا في الزيادة وفي الكافي لو اشتري بكل راس المال وهو الف ثيابا واستقرض مائة لحمل
رابح بالف ومائة هذا ابي حنيفة لانها قامت عليه بذلك وان باعها بالفين كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة اي عشرة
اسهم علي شرطها وسهم للمضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكرا في ماله خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة
علي الف لا غير والثمن كله علي المضاربة وهو متطوع في الكرا لانه فعل بغير اذنه فصار كاستكرا الاجنبي وقال
في المحيط في تعليل قول ابي حنيفة ان للمضارب في الثياب حقا يضاهي الملك الا يري انه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب
لم يصح نهيه فكان بمنزلة الملك فقام الثياب عليه بالف ومائة فيبيعها مرابحة علي الكل فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها علي
مالهما فما اصاب مال المضارب وهو عشرة اسهم بقيت المضاربة فيها علي حالها وما اصاب المائة المستقرضة كان له
خاصة قال وان صبغه احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لان الصبغ عين مال قايم وقد اختلطه
بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قايم فلا يكون خلطا
بمال المضاربة الا يري انه يضيع علي الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن علي قيمة الثوب ابيض وعلي ما
زاد من الصبغ فما اصاب قيمة الثوب كان علي المضاربة وما اصاب الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم علي قدر
الانصبا وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه ماذون فيه لان قوله اعمل برايك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون
شريكا كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في صبغ غيره او اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف
ما اذا لم يقل له اعمل برايك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال معه الف بالنصف فاشتري به بزا
ورباعه بالفين واشتري بهما عبدا فضاعا غرم المالك الفا والمالك الفا اي غرم المضارب ورب المال الفا ثم غرم رب المال
وحده الفا اخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك الفا وخمسمائة وربع العبد للمضارب وباقيه علي المضاربة وراس
المال الفان وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه
خمسمائة فاذا اشتري بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما ربعه للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال ثم
اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد علي قدر ملكيهما في العبد فربعه علي المضارب وهو خمسمائة وثلاثة
ارباعه علي رب المال وهو الف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال
المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال علي المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معني قوله وباقيه علي المضاربة
يعني ثلاثة ارباع العبد وراس المال هو جميع ما دفع رب المال الي المضارب وهو الفان وخمسمائة لانه دفع اليه اولا
الفا ثم الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا علي الفين وهو معني قوله ويرابح علي الفين ولو باع العبد

لو اشترى باكثر من راس المال

بعد

بعد ذلك باربعة الاف كان للمضارب ربعه وهو الف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة الاف فالالفان وخمسمائة منها
راس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان قال وان اشتري من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح
بنصفه اي لو اشتري المضارب من رب المال بالف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب
مرابحة علي نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز ان يبيعه مرابحة علي الف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه
لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بنا المرابحة عليه لانها
مبنية علي الامانة وعلي الاحتراز عن شبهة الخيانة فيبني علي ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له
في بيعه ولو كان بالعكس بان اشتري المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة علي خمسمائة لان
البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبتني المرابحة علي ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه من
غير بيع قال معه الف بالنصف فاشتري به عبدا قيمته الفان فقتل رجلا خطا فثلثة ارباع
الفدا علي المالك وربعه علي المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما لان مال المضاربة اذا
كان عينا واحدا قيمتها اكثر من راس المال يظهر فيه الربح وهو الف هنا بينهما نصفان والف لرب المال براس ماله لان
قيمته الفان فصار الفدا بينهما علي هذا الوجه ارباعا فثلاثة ارباعه علي رب المال والربع علي المضارب لان الفدا مونة
الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه علي ما بيناه
واما نصيب رب المال فيقضا القاضي بانقسام الفدا عليهما لان قضاه بالفدا يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفدا
يوجب سلامة المفدي ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضي لان كل الثمن ثم علي المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع
علي رب المال بالضمن فلا حاجة الي القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزايل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا
صار كانهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما علي قدر ملكيهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معني قوله يخدم
المالك ثلاثة ايام اي رب المال والمضارب يوما قال معه الف فاشتري به عبدا وهلك الثمن قبل النقد
دفع المالك الفا اخر ثم وثم وراس المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع المضارب الف درهم فاشتري به عبدا وضاع
الثمن قبل النقد رجع علي رب المال فاذا دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد ايضا رجع عليه ايضا فهكذا يرجع عليه كلما هلك الي ما لا
يتناهي ويكون راس المال جميع ما دفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشرا الا مرة واحدة والفرق
ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن حمله علي الاستيفا لان الاستيفا لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه علي ما بينا
فكان ما قبض يكون امانة واذا هلك كان الهالك علي رب المال وقبض الوكيل بعد الشرا استيفا لانه وجب له علي الموكل مثل
ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له ان يرجع به علي الموكل لان المستوفي
لا يبقي له حق بعد الاستيفا ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا يري ان الغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الي جعل ما قبضه بعد الشرا امانة حتي لو لم يقع استيفا بان دفع
اليه الثمن قبل الشرا ثم اشتري به ثم هلك قبل النقد رجع به علي الموكل لوقوع الاول امانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه
قبل الشرا لانه لم يجب له عليه شي حتي يصير مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا
هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشرا حيث لا يرجع اصلا والمعني ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل
لو لم يحمل علي الاستيفا لزم منه تضييع المال علي الموكل لان الماخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق براس
المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته
بالشرا منه وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور
فيرجع عليه ما دام متصرفا له قال معه الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال المالك دفعت الفين فالقول

المضارب ومعنى المسألة ان يكون مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت
اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الربح والشركة
فيه ورب المال ينكر والقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للمضارب وهو قول ابي يوسف ومحمد لان حاصل اختلافهما في
المقبوض والقول قول القابض في مقدار المقبوض امينا كان او ضمينا الا يرى انه لو انكر القبض بالكلية كان القول له واذا اختلفا
في راس المال والربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت
لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر راس المال لانه القابض والقول لرب المال في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة
وهو لو انكر استحقاق الربح عليه بالكلية بان قال كان المال في يده بضاعة كان القول له فكذا في انكار الزيادة وايهما اقام
البينة تقبل بينته لانها مثبتة كاسمها وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار راس المال
وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا قال ومعه الف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح الفا وقال
المالك هو بضاعة فالقول للمالك لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله او شرطا من جهته ورب المال منكر
فكان القول قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة او بضاعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة
بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان
كان القول للمضارب لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وايهما
اقام البينة قبلت بينته ولو اقاما البينة كانت بينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة
وادعى رب المال الخصوص او ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول للمضارب
لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان اعرف
به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال
نفيا له عن العموم وهو يملك ذلك فصح نفيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص
فكان قول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة
ولو وقتت البينتان بان قال رب المال دفعت اليك مضاربة ان تعمل في بز في رمضان وقال المضارب دفعت الي لاعمل
في طعام في شوال او بالعكس واقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال اولى لان اخر الشرطين ينسخ اولهما وان لم
يوقتا وقتا او وقتا وقتا واحدا او وقتت احداهما دون الاخرى يقضى بما قال رب المال كانما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله اعلم

كتاب الوديعة

قال رحمه الله الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة
ما يترك عند الامين هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام
عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم او ليكتبن من الغافلين اي بتركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئت
بالتخفيف والتشديد والمودع الشيء المتروك وقال عليه السلام الايمان نور الله تعالى اودعه في قلوب المومنين فعلى
العبد ان يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى تؤديه رواه ابو داود والترمذي وقال عليه السلام اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه ابو
داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وحفظها يوجب سعادة
الدارين والخيانة توجب الشقاوة فيهما قال عليه السلام الامانة تجر الغنا والخيانة تجر الفقر وروي ان زليخا لما ابتليت
بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه
السلام فقامت تنادي ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك مقام الملوك
والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فسال عنها فقيل انها زليخا فتزوجها مرحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات

الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم

حكاية وقعت من يوسف عليه السلام وزليخا

اليد

اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع اودعتك هذا المال او ما يقوم مقامه من الاقوال
والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل او بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب
الاداء عند الطلب وصيرورة المال امانة في يده قال وهي امانة فلا تضمن بالهلاك لقوله عليه
السلام لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده
يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع
لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يتحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين ان يكون بشيء يمكن التحرز
عنه او لا وبين ان هلك للامين مال غيرها معها او لم يهلك وقال مالك ان ادعى انها سرقت وحدها يضمن
لمكان التهمة قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله لان المطلوب منه ان يحفظها مثل ما يحفظ مال
نفسه وماله نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة
عليه الا يرى ان المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى الاجير الذي استاجره مشاهرة ونفقته
عليه لا يضمن وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق
به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره في
النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة
في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وذكر فيه اشيا
حتى ذكر ان له ان يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده الماذون له في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم ان العيال
ليس بشرط في حفظ الوديعة قال وان حفظها بغيرهم ضمن اي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد
غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير استيجار
له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال الا ان يخاف
الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك اخر لان التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى عند احاطة
النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة
الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا تقبل الا ببينة كما اذا اتلفها بالصرف في حاجته
باذن صاحبها قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عياله وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها
الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان وقعت
في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال وان طلبها ربها فحبسها قادرا على
تسليمها او خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى
صاحبها بامساكها بعده فيكون معتديا ولا فارق بين عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مهلكا متعديا
اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان ويملك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط
عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى
ملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما
معنى فيتخير وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك
من العباد اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها موجبها الشركة
ليصل كل واحد الى حقه فلا يصلح ان يكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا الاباحة للخالط

لا يضمن المودع بهلاكها ولو كان الهلاك مبنيا على التحرز عنه

العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة

التناول قبل اداء الضمان ولو ابرا المودع الخالط لا سبيل للمودع علي المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين
لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار ويتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المايع
بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج وجب انقطاع حق المالك بالضمان لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر
فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقيل القياس ان يكون المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة
وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المايع بجنسه ينقطع حق المالك عند ابي حنيفة رضي الله عنه لما بينا وعند ابي يوسف يجعل
الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو
خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المايعات لانه مايع حقيقة عند الخلط فيكون علي الخلاف المذكور قال
وان اختلطت بغير فعله اشتركا لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان
ضرورة وهذه شركة املاك وقد بينا حكمها في الشركة قال ولو انفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن
الكل لان البعض صار ضامنا له بالانفاق لانه متعد فيه وصار للبعض الاخر ضامنا ايضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يبرء
الا بالتسليم الي صاحبه وقبله باق علي ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة فيضمن علي ما بينا قال وان
تعدي فيها ثم ازال التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستاجر واقراره بعد جحوده وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان
لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرا الا بالرد علي صاحبها ولا تعود الامانة الا
بعقد جديد فصار كالمستعير والمستاجر وكالجحود ولنا انه مامور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق
فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الي الوفاق في غيره اتي بالمامور به
فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استاجر اجيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق
الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستاجر للعين اذا تعدي في العين المستعارة والمستاجرة ثم ازال التعدي حيث لا يبرا عن
الضمان لان البراة من الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفا
المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الي صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له
في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الي يد صاحبها حكما فبري اذ هو نايب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ
به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض ايمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد
وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتي اذا عاد الي الوفاق صح ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود احد المتبايعين
البيع ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به لانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون
هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الي الاقرار وهذا معني قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستاجر واقراره بعد
جحوده وقال ابو يوسف لو جحدها عند غير صاحبها او غيره حين ساله عن حالها من غير ان يطلب الرد او طلب منه الرد
عند من يخاف عليها فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه الصورة من باب الحفظ وهو مامور به فلا يعد انكارا او لا خلافا
وانما هو اتقان للحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا علي حاله وقال زفر يضمن
لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس باتلاف
وانما يكون اتلافا اذا اراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا قال وله ان يسافر بها
عند عدم النهي والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا علي الاطلاق
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف له الخروج بها الي مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بها اذا كان لها حمل ومونة لان القصير
لا يخاف عليها عادة ولهذا تسافر المراة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بالحمل ومونة لانه يلزمه

مونة

خلط المايع بخلاف جنسه

خلط المايع بجنسه

جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا

تسافر المراة السفر القصير بغير محرم ولا زوج

مونة الرد فيما له حمل ومونة والظاهر من حاله انه لا يرضي به وربما تستغرق المونة الوديعة وفيه اهلاكها
فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال الشافعي ليس له ان يخرج بها سواء كان له حمل ومونة او لم
يكن لان المطلق ينصرف الي المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ باجر ولابي حنيفة رحمه الله ان الامر
صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه فصار كالمصر
ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع انه لا يتهما نظرية لقوله تعالي ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولولا
انه من الاحسن لما جاز ذلك لهما الا تري ان الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتي لا ينفذ بيعها بمثلها وزنا لعدم
النظر والوكيل بالبيع مامور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضي الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه ه
والاستحفاظ باجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الامر من مونة الرد ضرورة صحة امره فلا
يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها كاهل الاخبية ولو
كان الطريق مخيفا ليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد فله ان يسافر مع اهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر
فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر ابلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال ولو اودعا
شيئا لم يدفع المودع الي احدهما حظه اي لو اودع رجلان شيئا عند رجل فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتي يحضر
الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله عنه وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الامثال وفي غير
ليس له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر طلب نصيبه خاصة فيومر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم
ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه اذا ظفر به فكذا يومر المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما
روينا عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتي اذا هلك
الباقي رجع صاحبه علي الاخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغايب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون
متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضي بامثالها واخذ الشريك عنده
الظفر به لا يدل علي ان المودع يومر بالدفع الا يري ان رجلا اذا كان له علي انسان الف درهم دين وللمدين الف درهم وديعة عند
اخر فلغريمه ان ياخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يومر بذلك وروي ان رجلين دخلا الحمام واودعا
عند الحمامي الفا فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الاخر وطالبه فتحير الحمامي وذهب الي ابي حنيفة رحمه الله فقال له قل
لا اعطيكه حتي يحضر صاحبك فانقطع قال وان اودع رجل رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الي الاخر ضمن
بخلاف ما لا يقسم وهذا عند ابي حنيفة وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرا اذا سلم احدهما الي الاخر وقالا لاحدهما
ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الي الاخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة
[illegible]
رحمه الله وهو القياس ان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون رضا بامانة الواحد وهذا لان
الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الي ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الي الاخر لم يرض المالك
به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده واما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما علي الانفراد
في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان علي حفظه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة صار راضيا بحفظ كل واحد
منهما لجميعه علي الانفراد قال ولو قال له لا تدفع الي عيالك او احفظ في هذا البيت فدفعها الي من لا بد له منه
او حفظه في بيت اخر من الدار لم يضمن اي المودع قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع ه
مراعاة شرطه فلم يكن مقيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل ان
تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الي غلامه او يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الي امراته او كانت بيوت الدار
متساوية اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع

مودع المودع لا يضمن عنده

بلغ مقابلة علي خط مولفه

الي امراته او كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الي غلامه او كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في مثله **قال وان كان له منه بد او حفظها في دار اخري ضمن** اي ان كان له بد من دفع الوديعة الي من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه ان يدفعها الي امراته فلانة وله امراة اخري او نهاه ان يسلمها الي غلامه فلان وله غلام اخري فخالفه او قال له احفظها في هذا البيت او في هذه الدار فحفظها في دار اخري ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز مما يوجب شينا في الدين اذ هي الحاملة علي الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا حرج بالوفا بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا **قال ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع** وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن مودع المودع ايضا فيكون لصاحبها الخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به علي احد وان ضمن الثاني رجع به علي الاول لكونه عاملا له لان الاول خاين بالتسليم الي الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير اذنه فنزل منزلة الغاصب ومودع الغاصب او الغاصب وغاصب الغاصب او الغاصب والمشتري منه غير ان الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رايه لا بصورته بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذا لم يقطع راي الاول فلم يكن متعد بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا اخر بل هو مستمر علي ذلك الفعل وهو امين فيه فكيف يكون متعديا بما بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقده وهذا لانه لما صار في اوله امينا وجب ان يبقي كذلك حتي يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل تعد فكذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتدا فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل اخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الي من في عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعد فيكون القابض منه ايضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كان المودع قال له اذنت لك ان تدفعه الي غيرك بشرط ان لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسالة الغاصب والغاصب منه واخواتها لانهم صاروا اشله بالتلقي منه ابتدا لعدم اذن المالك فكذا ابقا ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب رجع علي الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكي ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الايمة ذكره في النهاية وقال ابن ابي ليلي لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بنا علي ان له ان يودع عنده لانه يجب عليه ان يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الي غيره ولا دلالة علي الرضا اذ لو رضي بغيره لما اودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن **قال معه الف ادعي رجلان كل انه له اودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم اخر بينهما** اي اذا كان في يد رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه فحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه الف اخري بينهما بيان ذلك ان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شي لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي به لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة في حقه دون الاخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخر لهما لاقراره به او لبذله اياه علي اختلاف الاصلين ولا يهما بدا القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية والاولي عند المشايخ ان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتي يحلفه الثاني لينكشف وجه القضا هو لهما او لاحدهما كما اذا اقاما البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضا ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شي وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضا فيوخر القضا حتي ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتاخير لانه لا يقضي للمتقدم حتي يحلف للمتاخر ولو نكل للثاني ايضا قضي به بينهما نصفين لاستوايهما في الحجة ويغرم الفا اخر بينهما

نكل ثم حلف لا يلزمه شي

نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الي الاخر فيغرمه فلو قضي القاضي حين نكل قبل ان يحلف للثاني لا ينفذ قضاوه حتي لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضا للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف نفذ قضاوه لانه محل مجتهد فيه لان من العلما من قال ينفذ قضاوه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسالة في العبد ولا فرق بينهما لان النقود تتعين في الودايع والمغصوب ثم لا يحلف المدعي عليه للثاني بعد القضا عليه للاول مقتصرا علي قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ادعي اليه القيمة بان يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا او كذا ولا اقل منه قيل ينبغي ان يحلف عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف بنا علي ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفعها الي غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف فانه يقول انما فاتت من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فاتت بالدفع الي الاول وذلك بقضا القاضي فلا يضمن ولكن محمد يقول هو الذي سلط القاضي علي القضا بها للاول باقراره ثم اقر للثاني بانه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله اعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله **هي تمليك المنافع بغير عوض** هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار وفي الشرع ما ذكر في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبي عن التمليك لانها ماخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك وله ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له ان يبيح لغيره ولهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون مشروعا بغير عوض ايضا كالاعيان لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضي الي المنازعة وكل جهالة لا تفضي الي المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله ان يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الي المنازعة حتي اذا كانت لا تفضي الي المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا تجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث **قال وتصح باعرتك** اي بقوله اعرتك لانه صريح فيه **قال واطعمتك ارضي** لان الاطعام اذا اضيف الي ما لا يوكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله **ومنحتك ثوبي** معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته تحمل علي تمليك المنافع واصله ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتي قيل في كل من اعطي شيا منح واذا اراد به الهبة افاد ملك العين والا بقي علي اصل وضعه **قال وحملتك علي دابتي** اي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا علي دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخري فاذا نوي احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل علي الادني كيلا يلزمه الاعلي بالشك **قال واخدمتك عبدي** لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام **قال وداري لك سكني وداري لك عمري سكني** لان قوله داري لك يحتمل ان يكون له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها وقوله سكني محكم في ارادة المنفعة فيحمل عليه لان قوله سكني خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل **قال ويرجع المعير متي شا** لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية موداة ولان المنافع تحدث شيا فشيا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك **قال ولو هلكت بلا تعد لا يضمن** وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال عليه السلام علي اليد ما اخذت والمراد بمثله من ياخذ لنفسه وقال عليه السلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم احد فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم في الاسلام اورغب

القضا بالنكول لاحد مدعي الوديعة قبل ان يحلف للاخر

النقود تتعين في الودايع والمغصوب

المودع اذا اقر بالوديعة ودفعها الي غيره يضمنه عند محمد

بلغ مقابلة علي خط المصنف

كل جهالة لا تفضي الي المنازعة لا توجب الفساد

رواه احمد وابو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستاجر لان القبض
فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه بخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مونة
ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه
عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي
وابن مسعود رضي الله عنهم ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة
وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض
على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان او بشبهته بان كان فاسدا او بالتعدي فالعقد
الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن الا يرى انه لو اذن له بالاتلاف فاتلفه
لا يضمن وهذا اولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول
مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية
ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من
الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت تقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين
واجب في الامانات ولهذا لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره احد لان المعير متبرع
كالراهن وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مونة الرد لانه قبضه لنفسه قال ولا تؤجر لان الاجارة
لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر
ولا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال
ولا ترهن كالوديعة لان الرهن ايفا وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد
القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال فان اجر فعطب ضمن لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن
المستاجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ملكه بالضمان
وتبين انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر وهو المستعير اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور
عن نفسه وان علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار كالمستاجر من الغاصب عالما بالغصب قال
ويعير ما لا يختلف بالمستعمل اي يعير المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعير
لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له ان يبيح لغيره وعندنا لما كان يملك المنافع جاز ان يعير لان المالك يملك ان يملك
كالمستاجر يملك ان يوجر وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشي تتقيد به
وهي المسلة التي تلي هذه المسلة على ما يجي مفصلة قال فلو قيدها بوقت او منفعة او بهما لا يتجاوز عما سماه
وان اطلق له ان ينتفع اي نوع شا في اي وقت شا لانه يتصرف في ملك الغير فلا يملكه الا على الوجه الذي اذن له فيه من
تقييد او اطلاق ثم لا تخلو اما ان تكون مطلقة او تكون مقيدة بالزمان او بالانتفاع او بهما فان كانت مطلقة كمن استعار دابة
للركوب او ثوبا للبس ولم يسم شيا كان له ان يلبس ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس هو ولم يركب فاذا لبس غيره او اركبه
فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سوا كان المستعار
شيا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعله كالاجارة فعلى هذا ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق
الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها من شا او البس الثوب
من شا كما حمل الاطلاق الذي ذكر في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بان شرط ان ينتفع هو بنفسه
او عين معينا لا يجوز له ان يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واخواته وللمسمى ان يفعل في اي وقت

ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي

العارية اذا اشترط فيها الضمان ... في رواية

شا وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه وبغيره في اي وقت شا لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا
يفيد وان كانت مقيدة بالوقت تتقيد به حتى لا يجوز له ان ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على
اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت
مقيدة بهما تتقيد من حيث الوقت كيف ما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد
لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير منه او الى مثله كما اذا قال
له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثله او دونه في الضرر واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس
له ان يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه بمسلة ذكرها في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد
اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلاني في هذا القول اصح لان الايداع
تصرف في ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته
فافترقا واكثرهم على انه يجوز منهم مشايخ العراق وابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الايمة
لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فاولى ان يملك الادنى قال ظهير الدين
المرغيناني وعليه الفتوى قال وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة اذن في الانتفاع به
ولا يتاتى الانتفاع بهذه الاشيا الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك
بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو
يقوم مقام العين ولهذا اصير اليه في ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقا
عينها بان يستعيرها ليعاير بها ميزانا او مكيالا او ليزين بها دكانه او غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية امانة ليس له
ان ينتفع باهلاكها فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى قال وان اعار ارضا للبنا او للغرس صح لان منفعتها
معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا قال وله ان يرجع لان العارية غير
لازمة فكان له ان يرجع اي وقت شا قال ويكلفه قلعهما اي قلع البنا والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيومر بالتفريغ
الا اذا شا ان ياخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له
كيلا يتلف عليه ارضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك
الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل ايهما طلب القلع اجيب قال ولا يضمن ان لم يوقت
اي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البنا والغرس بالقلع ان لم يوقت للعارية وقتا وقال مالك يلزمه ضمان قيمتهما ويتركا
في ارضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت للعارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة
فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت موقتة فرجع قبل الوقت
لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم ان يفي بالوعد فيكون مغرورا
من جهته فكان له ان يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع
وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير ملزم كاصل عقدها ولهذا كان له ان يستردها في اي وقت شا
والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها وضمنه قيمتها
لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارة له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن فرقنا
بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما امكن وجواز العقد ثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك
الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كانه قال ان رجعت قبل الوقت فانا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا
بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قايما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال

اختلفوا في ايداع المستعير

وفي المطول من باب أبي حنيفة ويكتب المعار قد أطعمتني أرضك لا تكتب قد أعرتني وفي المنتقى أي إذا كتب بالعارية صح فيكتب بهذا ووضع المسألة في الأرض أما في الدار يكتب قد أعرتني إجماعا كذا في المعارضة

قال ولو استعار ارضا ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة ويترك باجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك قال ومؤنة الرد على المستعير والمودع والموجر والغاصب والمرتهن لان المنفعة حصلت لهم والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له اما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستاجر فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما المستاجر فلان العين المستاجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له ولا يجب على المستاجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب ان يكون المؤنة عليه لانا نقول انما حصل له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل للموجر عين يبقى فكان هو بالوجوب اولى واما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه لحفظ العين ومنفعة حفظها عائد اليه فكانت مؤنة ردها عليه واما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذي ازال يده متعديا ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردها دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه قبض استيفا فكان قابضا لنفسه قال وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها او العبد الى دار المالك ه برئ بخلاف المغصوب والوديعة وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا لانه لم يردها الى صاحبها وانما ضيعهما تضييعا فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لان الاصطبل والدار في يد المالك ولو ردها على المالك كان يردها الى الاصطبل او الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف الوديعة لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده في العين وبازالة يد صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرا الا بالتسليم الى يد صاحبها وعن ابن سلمة انه ان كان المربط خارج الدار لا يبرا لان الظاهر ان الدابة تكون هناك بلا حافظ قال وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مع عبد رب الدابة او اجيره برئ بخلاف الاجنبي والقياس ان لا يبرا الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها ووجهه ما بيناه ووجه الاستحسان ان كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسايسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السايس وحفظه بسايسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم منه الى السايس او من السايس الى السايس او من السايس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سايس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما اودعه لكونه لم يرض بغيره ولو رضي به لما اودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له ان يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة انه لا بد له منه وهذا في الاشيا التي تكون في يد الغلمان عادة واما اذا لم تكن في ايديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا ردها الى يد عبده الذي يقوم على الدابة والاصح انه اليه والى غيره لانه ان لم يكن في يده دايما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعد في يد الاجنبي ه وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسالة محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن وكذا اذا تركها في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة ادنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فاولى ان يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشي دون شي لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف في حق الانتفاع قال ويكتب المعار اطعمتني ارضك اي اذا استعار ارضا بيضا للزراعة يكتب المستعير انك اطعمتني ارضك وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه

وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه اعرتني ولا يكتب البستني ولا اسكنتني وله ان لفظ الاطعام ادل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبنا والمراح ونصب الخيم بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي ان يكتب في كل فصل ما هو ادل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك اطعمتني ارضك لا زرعها ما شا من غلة الشتا والصيف لانه ادل على المقصود وابعد من الاحتمال والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال رحمه الله تمليك العين بلا عوض هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشا اناثا ويهب لمن يشا الذكور الاية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك انت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها ان يكون الواهب عاقلا بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازما قال وتصح بايجاب كقوله وهبت ونحلت واطعمتك هذا الطعام وجعلته لك واعمرتك هذا الشي وحملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى او سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز ومشاع لا يقسم اي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الى اخره وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس بملكه بالاذن صريحا اعني كل ذلك في محوز ومشاع فيما لا يقسم اما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كساير العقود واما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال ابو بكر الصديق لعايشة في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان في الزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا الشي فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا اذنه اي بلا اذن الواهب هذا استحسان والقياس ان لا يجوز الا باذنه لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الصريح يفوت الدلالة فلا يعمل بمقابلته شيا ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما انعقد بقوله وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا قال ابو بكر لعايشة رضي الله عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله اطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما يوكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض لان عينها لا توكل فيكون المراد به ما يستغل منها فامكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الثوب الا ترى ان ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله اعمرتك لقوله عليه السلام ه

نصح النية لا سيما
او ذا كان قبله لا عليه

المنصوص عليه يشترط
وجوده على الكمل الوجوه

معنى العمرى

الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة

من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد
موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة
ناويا به الهبة لان الاركاب تصرف في المنفعة فتكون عارية الا اذا اراد به الهبة فتصح لانه مستعمل فيه
يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لا سيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك
هذا الثوب لان الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم المراد به التمليك لان الكفارة لا تتادى
بالمنافع وكذا يقال كسى فلان فلانا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله داري لك هبة تسكنها لان اللام فيه
للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تاكله او هذا
الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة حيث تكون عارية على ما بينا في العارية
وهو المراد بقوله هبة سكنى اي لا تكون تمليكا بقوله داري لك هبة سكنى وقوله في محوز مقسوم ومشاع لا
يقسم لا فيما يقسم اي تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في مشاع يقسم واحترز بقوله
محوز عن المتصل كالثمرة على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رحمه الله تجوز هبة المشاع فيما يقسم
لانها عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافي الملك في الشيوع كالقرض والوصية ه
وتسليمه ممكن بالتخلية او بتسليم الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفا الراشدين وغيرهم من
الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على اكمل
الوجوه كما في استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز ه
صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل
وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشي في حيز القابض والمشاع ليس
في حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصبا بها ه
تتميز وتجتمع وما لم تجتمع لا يصير محرزا او يكون احرازا ناقصا فلا ينتهض لافادة الملك ولان اشتراط اصل القبض
في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض او كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا ه
المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة وللطالبة بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع
والمطالبة بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه
لا يجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا القبض الناقص فاكتفي به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب
الهبة فيه وفيما يقسم لا ينسد ولا يقال تستوجب المهاياة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع فوجب ان يمتنع
لانا نقول المهاياة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي وانما المحظور
الايجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم
والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين في الثمنين يكون بالقبض
ولان القبض فيه شرط البقا على الصحة لا شرط الصحة والبقا اسهل من الابتدا ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالي
بوجوب ضمان القسمة او المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب
رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين ه
او الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزا شايعا من شريكه لم يجز ايضا
لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم يدور عليه لانه يوجد ولان العلة يراعى ه
وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع قال فان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا

غ قسمه

ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شايعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ه
ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي وقاضي خان وروي عن ابن رستم مثله وذكر
عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال وان وهب دقيقا في بر او دهنا في سمسم او لبنا في ضرع لم يجز ولو طحن وسلم اي لو وهب
الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة وكذا الدهن في السمسم والسمن في
اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه ه
بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها
وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا انه لا يمكن تسليمه فاذا
زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جايزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم
والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود
الي امتناع القبض كالشايع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه
بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجولق الذي فيه
الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو فرغ وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعده ه
الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه او الدقيق
في الجولق وسلم الدقيق مع الجولق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يمنع
يدا للواهب على الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قايمة في الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعا فثبوت
اليد في التبع لا يوجب قيامه في الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه وبالعكس لا يصح الا اذا
نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال وملك بلا قبض جديد
لو في يد الموهوب له يعني لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان
لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يد امانة او مضمونة لان قبض الامانة
تنوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر
لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة ه
وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون
والمقبوض على سوم الشرا لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرا عن الضمان بمجرد قبول
الهبة وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت في يده بطريق
الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نايب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض
عن قبض الهبة بل ينبغي ان يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها
نزل قابضا لا انا اقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة
قال وهبة الاب لطفله تتم بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط له
قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في
يد الغاصب او في يد المرتهن او في يد المستاجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه
وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد
قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو
كان يسكنها غيره باجر لا تجوز لما ذكرنا وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد

الوصية بالمعدوم جائزة

لو وهب الحمل وسلمه
بعد الولادة لا يجوز

يعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ
ولا يعتد بالاذن قبله

في المستقي وكذا لو وهبته امه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرر ولانه حين كان له تاديبه وتسليمه في صناعة يملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملك الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال وان وهب له اجنبي يتم بقبض وليه لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجرهم وليس له اب على ما نبين قال وامه واجنبي لو في حجرهما اي يتم بقبض امه وبقبض اجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من اوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال ويقبضه ان عقل اي يتم بقبض الصبي بنفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره الحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه لا يعتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه ووجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضر لاجله حتى يحسن الولي ان راى فيه مصلحة فكذا وجب ان ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي او الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين وليس من الحكمة ان يثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرتد منه مثل هذا النفع المحض ولان الفقه مع انه من اهله بالتمييز والاختيار قال ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب بعد الزفاف لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا املكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موته او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كانت للضرورة لا بتفويض الاب فلا ضرورة مع حضوره وتملكه هي ايضا ان كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال ولو وهب اثنان دارا لواحد صح لانهما سلماها جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع قال لا عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا ينقسم ايضا بخلاف الهبة لان الشيوع لم يوجد الا من احد الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مونة القسمة فصارت كالمسلة الاولى وله انه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شايع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه او معدوما اذ قبض الشايع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه الا يرى انه لو قضى دين احدهما يبقى كله في يد الاخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شايعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع مونة القسمة قلنا نقصان القبض مانع فلا يكون العلة منحصرة به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه الا يرى ان رجلين لو وهبا لرجلين على ان نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين مونة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من

اي لا يجوز صح

الانتفاع

الانتفاع بالرد الى صاحبها في مدة الاجارة لحكم المهاياة ولم يوجد هذا المعنى اذا اجرها من رجلين الا يرى انه يجوز ان يوجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا يجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا قال ومن تصدق بعشرة ووهبها لفقيرين لا لغنيين اي لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين او وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما ان كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نايب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا لو اوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو اوصى به للاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فقال عقيب ذكر الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب ان يمنع في البابين اذ لا فرق بينهما فكان في المسلة روايتان وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية والظاهر ان في المسلة روايتين وهذا كله على قول ابي حنيفة واما عندهما فالهبة من شخصين جايزة على ما بينا فالصدقة اولى فلا ياتي الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر الثلث لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وان قبضه وقال محمد يجوز اذا قبضه فابو حنيفة ومحمد مرا كل واحد منهما على اصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين ان نص على نصيب كل واحد منهما او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشايع يدل على ان فصل ثبوت الملك في البعض الشايع فلا يجوز الا يرى انه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللاخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا وعن ابي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فامكن تصحيحه بان يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف فيما اذا اجمل الهبة ولم يفصل على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان قال وهبت نصف هذه الدار لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون معتبرا ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه اجمال يكون هبة المشاع ابتدا فيبطل وهذا التفصيل هو الاوضح والاظهر عن ابي يوسف

الصدقة صح

بلغ مقابلة على خط مولفه

باب الرجوع في الهبة

قال رحمه الله صح الرجوع فيها يعني اذا وهب لشخص وقبضها وليس فيه ما يمنع له الرجوع من زيادة وموت احدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده لانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال اكلنا خبز فلان وان كان الخبز قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض ويتايد ذلك ايضا بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري

يكنى بفلان عن خباز معروف بحسن صنعته

اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له اخذه من غير رضا ولا قضا عند الحاجة اليه كما في ساير اموال ولده على ما قال عليه السلام انت ومالك لابيك ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيا رواه احمد وابو داود على انا لا نسلم ان الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق له ان يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه السلام المومن لا يكذب وقوله عليه السلام الزاني لا يزني وهو مومن اي لا يليق له ان يكذب وان يزني وهو مومن لانه ينافي صفة الايمان لفعله بما هو قبيح ومع الايمان اقبح فكذا هذا قبيح كما قال عليه السلام العايد في هبته كالعايد في قيئه وقال عليه السلام العايد في هبته كالكلب يقي ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال ويمنع الرجوع دمع خزقه يعني الموانع للرجوع في الهبة اشيا تجمعها هذه الحروف على ما نبينها احدها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله ومانع عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه قال فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبنا والسمن لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضا لان حق التملك لا يجوز اخذ العوض عنه فبطل اصلا والحق البنا والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز عن المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو رد الاصل دون الزيادة يودي الى الربا لسلامة الولد له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل اصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فلو حبلت ولم تزد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشي يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مونة النقل ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكرا ومونة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه بدله وهو المنفعة والمونة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا حلال الدم فعفي ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطا ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفدا ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القران او الكتابة او الصنعة لم يمتنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ليس له ان يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال والميم موت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يكون له سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الروية والشرط على ما بينا في البيوع او هو مجرد حق وهو ايضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع اوجبه للواهب والوارث ليس بواهب قال والعين العوض فان قال خذه عوض هبتك او بدلها او بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لما روينا ولان ثبوت الرجوع

في الهبة

في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض عن الهبة بان يقول خذ هذا بدلا عنها او بمقابلتها او جزاها او ثوابها او نحو ذلك مما ينبئ انه عوض منها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرايط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدا ولهذا يجوز باقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض ان لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بساير املاكه وجوابه ما قلنا ولو وهب للواهب شيا ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة مبتداة فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته قال ويصح من اجنبي اي يجوز العوض من الاجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شي لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بينا في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يود عنه شيا واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضا الدين حيث يرجع الاجنبي على المديون اذا قضى بامره لان الدين ثابت في ذمته وقد امره ان يسقط مطالبته عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو امره ان يملكه عينا قال وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال رحمه الله وبعكسه لا حتى يرد ما بقي اي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشي حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب ايضا بنصف الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا لحقيقته ان الموهوب له مالك للهبة والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتدا سقط به حقه في الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شا رضي بما بقي من العوض وان شا رد الباقي عليه ورجع في الهبة كانه اعطاه هذا القدر في هذه الحالة ولان للعوض شبهين يشبه ابتدا الهبة من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة او بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير رد الباقي عند استحقاق بعضه قال ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له ان يرجع في النصف الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في حصته وبقي حقه في الباقي على ما كان قال والخا خروج الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب عين هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه وثبت له الملك فيها فيتصرف فيها تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كما نقلها الى اجنبي فبطل حق الرجوع وعند ابي يوسف له ان يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق يصير ملكا له من كل وجه وبالعجز يصير ملكا لمولاه من كل وجه ثم اذا اعتق كان له ان يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب اولى في المسلمين من اعتبار الجانب الاخر كيلا تلزم بالشك قال وبيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شي يعني اذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كما لو لم يبع منها شي فانه اذا لم يبع منها شي كان له ان يرجع في النصف وترك النصف

لأنه حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء وإن شاء استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل إن شاء وإن شاء ترك النصف فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لأن المانع لم يوجد إلا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل أولى لأنه لما جاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل فأولى أن يجوز عند العجز **قال والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا** أي لو وهب لأجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما إذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة والأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي لأن المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فإن كانت أجنبية فيها كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وإن كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة **قال والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها** لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها لأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي رجع فيها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع في الأولى وفي الثانية يرجع لأن الملك يقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا يرى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدى إلى القاصرة ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة وقال العبد والى ليس له أن يرجع في قولهم جميعا لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فإن عتق لا يرجع لأن الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وإن عجز فعند محمد لا يرجع لأن الكسب كان للمكاتب ثم انتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الأجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف يرجع لأنه بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب فإن عتق المكاتب رجع لأن الملك وقع للأجنبي وإن عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر **قال والهاء الهلاك** يعني هلاك العين الموهوبة فإنه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه **قال فلو ادعاه صدق** أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع **قال وإنما يصح بتراضيهما أو بحكم الحاكم** لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا به بالرضا أو بالقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي في عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لأن أول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وإن منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم إذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم فإذا رجع إليه عين ملكه كالعارية فتكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن حقه

الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ — نهى عليه السلام عن بيع وشرط — الشروط الفاسدة تفسد الفعل الحكمي لا الحسي

باب الوصية

فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه لكن إذا لم يكن سليما فات رده فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وإن أبطله رده عليه كما كان استحسانا وفي القياس لا يرده ذكره ابن سماعة **قال فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن** لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالإقدام على العقد فإذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه **قال والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فيرد بالعيب وخيار الرؤية ويؤخذ بالشفعة** وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ألا يرى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه إبراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره إلى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بيننا

فصل ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه عنها شيئا صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر وأما في استثناء الحمل فلأن الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل إلا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وإنما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما بيناه في الإقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فتصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل ما ليس معاوضة مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الملك في الهبة متعلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الأم لأن الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله في الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر والجوالق بدون الدقيق بحيث أن كل واحد منهما يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الأم دون الحمل وفي الحمل دون الأم لأن بابها أوسع على ما بينا في البيوع وقوله على أن يعوضه شيئا منها فيه إشكال فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا

من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيا منها **قال** ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو لك وانت منه
بري او اذا اديت الى نصفه فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لانه تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابرا فانه اسقاط
فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه بالنظر الى المال حتى يجب فيه الزكاة ويصح شراوه به من الدين ووصف من وجه بالنظر
الى الحال حتى لو حلف انه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه انه مال كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه انه وصف
كان اسقاطا فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك
من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله انت بري من النصف لانه تقييد وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح **قال**
وصح العمري للمعمر له حال حيوته ولورثته بعد موته وهو ان يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبي اي ان مت قبلك فهي لك
وهذا تفسير الرقبي اي يقول ذلك لما روي عن زيد بن ثابت انه عليه السلام قال من اعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته ولا ترقبوا
من ارقب شيا فهو سبيل الميراث رواه احمد وابو داود والنساي وفي لفظ جعل الرقبي للذي ارقبها رواه احمد والنساي ولان معنى
العمري هو التمليك في الحال ويجعلها له عمره ثم اذا مات ترجع عليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة وبطل الشرط ومعنى الرقبي ان يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه
ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال ابو يوسف تصح الرقبي ايضا بناء على انها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد
موته عنده كالعمري كان الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روي ابن عباس انه عليه السلام قال العمري جايزة لمن اعمرها
والرقبي جايزة لمن ارقبها رواه احمد والنساي فحاصله انه متى وجد التمليك في الحال واشترط الرد في المال يجوز بالاجماع لما بينا
ان الهبة لا تبطل بالشروط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع وكان الخلاف بينهم مبنيا
على تفسير الرقبي فمن قال انه تمليك في الحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح
الصابيات وفي فساد الصوم في الاقطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا اغتسل المحرم راسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ
بعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين امكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبي محمول
على ان المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول على انه جايز والشرط
باطل ومثله جا النهي عن العمري ايضا وهو ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيا او ارقبه فهو
له حياته ومماته رواه احمد والنساي وقال عليه السلام العمري جايزة لاهلها والرقبي جايزة لاهلها رواه ابو داود والترمذي
والنساي وفيهما اخبار كثيرة بعضها يمنعها وبعضها يجيزها وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة والله تعالى اعلم
قال رحمه الله والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة
فامتنعت بدون القبض كالهبة **قال** ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال
في النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من اصحابنا من قال ان الصدقة على الغني
والهبة سوا لانه يقصد به العوض دون الثواب الا ترى انه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سوا في ما هو المقصود ثم له
ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه
اولى من مراعاة حال التمليك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير
والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى انه عند اشتباه الحال يتادي الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه
بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وما ذكروه من عدم
جواز التصدق على غنيين بنا في هذا لانه هناك لم يعتبروا فيه وفي الهبة لا حال التملك حتى اجازوها لفقيرين و
منعوها لغنيين على الصحيح وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه ان يملك الرجوع في الصدقة
على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

التعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها

لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير

تم الجزو الثالث بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

تملك العقد وهو الملك يقبل الفصل عن العقد

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين وصلى الله على سيدنا محمد

كتاب الاجارة

قال رحمه الله هو بيع منفعة معلومة باجر معلوم وقيل هي تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من اجر ياجر من بابي طلب وضرب فهو آجر وذاك ماجور اي الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطي من كراء الاجير وقد آجره اذا اعطاه اجرته والاجرة ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال اجرك الله وفي كتاب العين آجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس اجرني داره فاستاجرتها وهو موجر ولا تقل مواجر فانه خطا قبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو افعل وهي جائزة باجماع الامة قال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لاسيما اذا قص لنا لا على وجه الانكار وقال عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وشرطها ان تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه المنافع وهي معدومة والقياس ان لا يجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا انها اجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه اقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السلم وقال الشافعي تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجوب المحل لينعقد العقد فيه وهذا لان العقد لزم واللزوم وصف ثبت بالعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه فان قلنا المعدوم موجود لذلك قلنا ارتباط الايجاب بالقبول صفة الكلام والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يجعل العقد فيه فيجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك يقبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا اولى مما ذهب اليه الشافعي لانه تغيير امر حكمي بدليل شرعي وما ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا يتصور وجودها في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل ولهذا لو اضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو اضافه الى العين جاز بالاجماع ولان ما قلنا ليس فيه الا اقامة السبب مقام المسبب وهو امر سائغ شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان اولى قال وما صح ثمنا صح اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز كل عين ان يكون اجرة كما جاز ان يكون بدلا في البيع وان كان موصوفا في الذمة يجوز ايضا ما جاز ان يكون ثمنا وسيأتي في الذمة كالمقدرات والمذروعات ونحوها فلا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا صح اجرة لا يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى لو صح اجرة ما لا يصلح ثمنا ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة ارض اخرى لان المنافع معدومة فتكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد لانه كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلفي الجنس على ما قالوا

قال والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة اي مدة كانت ومنه الاجير الواحد لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة او قصرت تاخرت بان كانت مضافة او تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فانه يقدره بسنة في رواية ولا يجوز اكثر منها لان جوازها كان للضرورة ولا ضرورة الى اكثر منها وفي رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز اكثر منها لانه قل ما يستعمل بالاجرة اكثر من ذلك وفي رواية يجوز ابدا لان بيع المنافع كبيع الاعيان يجوز مؤبدا قلنا ان ذلك باطل لان المجوز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد ان صارت معلومة الا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج فاجاز اكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب المدة لها فلا يجوز الا موجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها

التأبيد ايضا حتى لو ضرب اجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز ان يضرب لها اجلا لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت اقرانه فصار كالتابيد معنى فلا يجوز لما عرف ان التابيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي ابو عصمة العامري وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة في هذا الكلام المتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين التوقيت

قال ولا يزاد في الاوقاف على ثلاث سنين اي لا يجوز ان تزاد مدة الاجارة في الاوقاف على ثلاث سنين حوفا من دعوى المستاجر انه ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين ان يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استاجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا في كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فيه ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة فان اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط طالت او قصرت لان شروط الواقف تراعى كالنصوص

قال او بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته اي المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل او للركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه

قال او بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا اي تكون المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول

قال والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل او بشرطه او بالاستيفاء ~~المعقود عليه~~ او بالتمكن منه اي لا يملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا او دينا وانما يملك بالتعجيل او بشرط التعجيل او باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة او بالتمكين من استيفائه بتسليم العين المستاجرة في المدة وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين الموجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وهذا مبني على اصله ان المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق الاحكام من الوصية والارث وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا في حق الاحكام كالارث وعتق امهات الاولاد والدليل على انه كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتاخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار ان العين التي هي سبب وجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم اذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال في حق المنفعة لان اقصى ما يتصور العقد على المنفعة ان يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما قامت العين مقام المنفعة تصحيحا للعقد في الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصورهما في المنفعة ولا ضرورة في حق الملك في البدل اذ ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد في الحال في حقهما وهذا اولى من الذي ذهب اليه الشافعي فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة في حق بعض الاحكام وهذا القدر من التغيير معهود في الشرع الا ترى ان الشارع اقام السفر مقام المشقة لانه سببها واقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة لم تصر المنفعة

دينا في ذمته فلا يجب بدلها ايضا عند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا تصير دينا بدين اصلا ولو كان العقد
منعقدا في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل اصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز ان يجعل المعدوم كالمستوفي لجاز ذلك في
السلم ايضا كما اذا باع العين بالدين فان استوفي المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها او اشترط تعجيلها فقد التزم
بنفسه وابطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف الاجارة المضافة الي وقت شرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا
يلزمه للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضي العقد بل بالتصريح بالاضافة الي وقت في المستقبل والمضاف الي وقت
لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يعتبر هذا المعني بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف
صريحا فيبطل ذلك المعني بالتصريح علي خلافه الا تري ان الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتي يسلم الثمن لان العقد
يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب تسليمه في الحال لانه تاخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء عن الاجرة بعد العقد ولو
لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امراة بسكني داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها فلو
لم يملك المنفعة ولم يقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابرا عند ابي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت
في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب علي قول محمد انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجوب السبب كالابراء عن القصاص بعد
الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب الا تري انهما جائزان بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود
وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين اما جواز الكفالة فظاهر لانها يجوز تعليقها بشروط ملايمة فهذا لا
يكون اقل منه واما الرهن فلانه استيفا للدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفا الحقيقي فلو استوفي الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا
حكما بخلاف الاجارة المضافة واما لم يكن للمراة ان تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه اوفي ماسمي لها برضاها وهو المراد بمثله
عادة عند الاطلاق فصار كما اذا اجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل اولي لانها تسلمت الدار وهي قايمة
مقام المنفعة من وجه علي ما بينا وقوله الشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الي اخره قلنا نعم ولكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير
وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكما اذا كان يمكن تقديره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته وكذا بالعكس واما
المنافع فلا تقبل العقد اصلا حتي في حال وجودها علي ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها جوازه بل
بطلانه علي ما بينا علي ان ما اعتبره قلب وما اعتبرناه معتبر فكان اولي علي ما بينا **قال** فان غصب منه سقط الاجر اي لو غصبت
العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله فيما اذا غصب في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقطت بحسابها لزوال التمكن من
الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع علي ما بينا وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي
فخر الدين في فتاواه والفضلي لا تنتقض **قال** ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد
الفراغ من عمله والاصل فيه ان الاجارة معاوضة والملك في المنافع يمتنع ثبوته في زمان العقد فكذا الملك في الاجر علي ما بيناه ثم
كان ابو حنيفة اولا يقول في الكل لا يجب شيء من الاجرة حتي يستوفي جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع
والعمل فلا يتوزع الاجر علي اجزايها كالثمن في البيع والرهن في الدين ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت الاجارة علي المدة كما في اجارة
الدار والارض او علي قطع المسافة كما في كري الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفي من المنافع اذا كان لما استوفي اجرة معلومة من غير
مشقة ففي الدار يجب لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا انه يفضي الي الحرج لانه
لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الي ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود
فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة علي العمل كالخياطة والقصارة لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بعضا
حتي يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل في بيت المستاجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيا من الاجرة علي ما ذكره صاحب الهداية وصاحب
التجريد وذكر في المبسوط والفوايد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي
انه اذا خاط البعض في بيت المستاجر يجب الاجر له بحسابه حتي اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد في

ان غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر هل تنفسخ الاجارة او لا

اذا عمل في بيت المستاجر ولم يفرغ من العمل يستحق شيا من الاجرة

الاصل علي هكذا اما لو استاجر انسانا ليبني له حايطا فبني بعضه ثم انهدم فله اجر ما بني فهذا يدل علي انه يستحق الاجر ببعض العمل في الكل لا انه
يشترط فيه التسليم الي المستاجر ففي سكني الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون
مسلما اليه الا اذا سلمه الي صاحبه حقيقة ففي خياطته في منزل المستاجر يحصل التسليم بمجرد الفعل اذ هو في منزله والمنزل في يده فلا يحتاج
فيه الي التسليم الحقيقي فيجب بمجرد العمل ولهذا اذا فرغه في منزله يجب له الاجر من غير تسليم اليه وعلي ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد
لا يستحق الاجر علي البعض الا في سكني الدار وقطع المسافة وهو اقرب الي المروي عن ابي حنيفة لانه روي الفرق بينهما عنه في القول
المرجوع اليه علي ما ذكرنا وعلي ما ذكروه لا فرق بين الكل **قال** وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور يعني للخباز ان يطالب بالاجر اذا اخرج
الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز في بيت المستاجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج
فيستحق الاجر وان كان في منزل الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور **قال** فان اخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه
يعني اذا اخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبز في منزل المستاجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل في يده فيستحق الاجر به
فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل ان يخرجه او سقط من يده قبل الاخراج فاحترق
لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة
بعضه وان هلك قبل التسليم علي ما ذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه واما لم يضمن لانه هلك بعد
التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج علي ما ذكرناه وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه جناية يده
وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور المطالبة به لانه لم يصر الخبز بمجرد الاخراج مسلما الي صاحبه لان المنزل ليس في
يده فلا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما اذا خبز في منزل المستاجر علي ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الي صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم
الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده في يد الاجير المشترك امانة وعندهما مضمون ثم اذا
صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح
لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا **قال** وللطباخ بعد الغرف اي للطباخ ان يطلب
الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف لان
العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه **قال** واللبان بعد الاقامة اي اذا استاجره ليضرب له لبنا في ارضه استحق
الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتي يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله
فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور لانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان لابي حنيفة رحمه الله وهو القياس
ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زايد عليه كالنقل الي موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف
الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك
قبل التشريج هذا اذا لبن في ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او بالتشريج علي اختلاف الاصلين وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق
حتي يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز **قال** ومن لعمله اثر في العين كالصباغ
والقصار يحبسها للاجر اي يحبس العين للاجر حتي يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع و
ذكر في النهاية ان القصار ان اظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له
حق الحبس علي كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه فيه بالاظهار وعزاه الي
الجامع الصغير لقاضي خان وقال زفر رحمه الله ليس له ان يحبس العين فيما لعمله اثر لان المعقود عليه صار مسلما الي صاحب العين باتصاله
بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال بملكه باذنه فصار كالقبض بيده الا تري انه لو امر شخصا ان يزرع له ارضه حنطة من عنده قرضا
فزرعها المامور صار قابضا له لاتصاله بملكه وصار كما اذا صبغ في بيت المستاجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا
بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضي

المتاع عنده في يد الاجير المشترك امانة وعندهما مضمون

لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا كصبغه في بيت المستاجر لان العين ديه في يد المستاجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل ان يحترز عنه بان يعمل في بيت نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا سلم المبيع له برضاه ليس له ان يسترده ونظير الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاه كان للبايع ان يسترده ونظير هذا الاختلاف الوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من عنده كان له ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لانه مضطر في نقده من عنده وعند زفر ليس له ان يحبس لان يد الوكيل يد الموكل فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر في هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه اي لا يقدر ان يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك **قال** وان حبس وضاع فلا ضمان ولا اجر لان العين امانة في يده على ما نبين وله ان يحبسها بالاجرة شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار ان شا ضمنه قيمة العين غير معمول فلا اجر عليه لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شا ضمنه قيمتها معمولة وعليه الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه **قال** ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاوه ولا له اثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف راد الابق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر في العين لانه كان على شرف الهلاك فاحياه بالرد فكانه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلفوا في حبس الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل **قال** ولا يستعمل غيره اذا شرط عمله بنفسه اي ليس للاجير ان يستعمل غيره اذا شرط عليه ان يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة بان استاجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفا المنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك قال وان اطلق كان له ان يستاجر غيره لان الواجب عليه عمل في ذمته ويمكنه الايفا بنفسه وبالاستعانة عليه بغيره كالمامور بقضا الدين **قال** وان استاجره ليجي بعياله فمات بعضهم فجا بما بقي فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندواني هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله وفي النهاية عن الفضلي انه اذا استاجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فعاد ان قال استاجرت منك من المصر حتى احمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استاجرت منك حتى احمل من القرية لا يجب شي لان الاجارة كانت بشرط الحمل لا غير وفي الاولى كان العقد على شيين على الذهاب الى ذلك الموضع والحمل منه الى ها هنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد مثله في السفينة ذكره في المحيط **قال** ولا اجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان رده للموت معناه اذا استاجر ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا او ليذهب بكتابه اليه ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كانه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله له الاجر في الطعام لان الاجر مقابل بحمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الاجرة عليه ثم هو برده جان فلا يسقط حقه به في الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مونة له وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب في نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مونته بخلاف حمل الطعام لان الاجر مقابل الحمل دون قطع المسافة لان في حمل الطعام مونة قلنا الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيلة الى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فاذا رده نقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غايبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل اليه او الى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه اتى باقصى ما في وسعه وقال في المحيط بعد ما ذكر هذه المسيلة وكذا لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله

له

الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه في وسعه واما الاسماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها والقياس ان لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشيا مختلفة فينبغي ان لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستيجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان ان العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا يسمى مسكنا فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط لانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان **قال** وله ان يعمل فيها كل شي لما ذكرناه انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب وله ان يسكن غيره معه او منفردا لان كثرة الساكن لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكنى وله ان يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لانه من تمام السكنى وله ان يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضو والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وبه يتم السكنى وذكر في النهاية انه لا يدخل الدواب في عرفنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف يتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بنا على عرفهم في الكوفه **قال** الا انه لا يسكن حدادا او قصارا وطحانا لان في نصب الرحا واستعمالها في هذه الاشيا ضررا ظاهرا لانها توهن البنا فيتقيد العقد بما ورا ها دلالة والمراد بالرحا رحا الما او رحا الثور واما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبنا وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا له كسر الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يوهن البنا وان زاد على العادة بان يوهن البنا فليس له ذلك الا برضى صاحب الدار وعلى هذا ينبغي ان يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بان يدق اهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البنا فحاصله ان كل ما يوهن البنا او فيه ضرر ليس له ان يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له ان يعمل فيها بمطلق العقد واستحقه به ولو اقعد الحداد وانهدم البنا بعمله وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سوا وجه الاستحسان ان المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة والخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وهو نظير ما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم فحمل عليها احد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر فكذا هذا ولو اختلف الموجر والمستاجر في اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة **قال** والاراضي للزراعة ان بين ما يزرع فيها او قال على ان يزرع فيها ما شا لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت العادة باستيجار الارض للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها عملا غير ان ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه او يقول على ان يزرع فيها ما شا كيلا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان ازرع فيها ما شا فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى خمرا او خنزيرا وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فان ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كان الجهالة لم تكن فصارت صحيحة ولهذا لو استاجر ثوبا ولم يعين اللابس ثم البس شخصا عادت صحيحة وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع **قال** وللبنا والغرس اي جاز استيجار الارض للبنا والغرس لان استيجارها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كما لو استاجرها للزراعة **قال** فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة اي اذا مضت مدة الاجارة قلع البنا والغرس وسلم الارض الى الموجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنايه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركها على الدوام باجر او بغير اجر يتضرر صاحب الارض فتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استاجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى ان يستحصد باجر المثل لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات

لو اقعد الحداد وانهدم البنا بعمله وجب عليه الضمان

كان الظاهر ان يقول اي صح اجارة الاراضي

لانها العبارة لان منفعة مقصودة بالاراضي اسمى ولفظ اولى

احد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى ويبقاوه على حاله الى ان يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به
لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاوه على ما كان اولى اذ لا فايدة في نقض
العهد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب ارضا وزرعها حيث يومر بالقلع وان كان لها نهاية لان ابتدا فعله وقع
ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير كالمستاجر حتى اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يبقى باجر الى ان
يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما والقياس ان يقلع في الصور كلها لان الارض ملكه فلا توجد بغير اذنه
كما في البنا والغرس ووجه الاستحسان هو الفرق بين البنا والغرس وبين الزرع وقد بيناه قال الا ان
يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البنا والغرس على ما بيناه الا ان يغرم
له المؤجر قيمة البنا او قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فاذا
كانت ارضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستاجر وينفرد به لان المستاجر
لا يتضرر اذ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع واراد ان يضمن له
قيمته ويكون له البنا فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوايهما في ثبوت الملك فيه وعدم ترجح احدهما على
الاخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به احدهما في هذه الحالة دون الاخر على ما بينا في
العارية قال او يرضى بتركه ويكون البنا والغرس لهذا والارض لهذا لان الحق لرب الارض فاذا رضي
باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك قال والرطبة كالشجر لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فيقلع
عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال والزرع يترك باجر المثل الى ان يدرك اي يترك الزرع باجر
المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظايره والفرق بينه وبين
البنا والغرس انفا قال والدابة للركوب والحمل والثوب للبس يعني يجوز استيجار هذه الاشيا لما ذكره
لان لها منافع معلومة ومعتاد استيجارها فجاز كساير الاعيان المعهودة قال وان اطلق اركب
والبس من شا اي ان اطلق له الركوب او اللبس جاز ان يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق ان يقول
على ان يركبها من شا ويلبس الثوب من شا لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان
يشترط ان يفعل ما شا على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب
والحمل واللبس يختلف كل واحد منهما اختلافا فاحشا فلهذا لو عين له فيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا
اجر له كما في الزراعة وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي الذخيرة وشرح الطحاوي والمغني وذكر التاويل الذي
ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما يشا فسدت الاجارة للجهالة فلو اركبها او ركب
بنفسه اولبس اوالبس وجب عليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد
وجه الاستحسان ان المفسد وهو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال فيزول الفساد ولانا نجعل التعيين في الانتها
كالتعيين في الابتدا ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم المخالفة سوا لبس بنفسه اوالبس غيره بخلاف
ما اذا عين له من يلبس او يركب فالبس او اركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على ان يركب او يلبس
من شا فاركب غيره او ركب هو بنفسه ليس له ان يركب او يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه
من الابتدا ذكره في الكافي قال وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن لان التقييد مفيد لتفاوت الناس
في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن قال ومثله ما يختلف بالمستعمل اي يضمن مثله في كل شي
يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مفيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال وفيما لا يختلف به بطل تقييده
كما لو شرط سكنى واحد له ان يسكن غيره يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى لو

ثم للمالك الخيار في ذلك ان شا ضمن المستاجر وان شا ضمن الرديف
فان ضمن المستاجر لا يرجع على ذلك الرديف مستاجرا كان او مستعيرا وان ضمن
الرديف رجع هو على المستاجر ان كان ذلك الرديف مستاجرا وان كان مستعيرا
لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني من الكفاية

شرط سكنى رجل بعينه في الدار له ان يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبنا كالحداد ونحوها خارج
بدلالة العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد لانه للسكنى مثل الدار وعند ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في نصبه
وضرب اوتاده واختيار مكانه قال وان سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله واخف لا اضر كالملح يعني لو سمى نوعا وقدرا يحمله
على الدابة مثل كر من بر فله ان يحمل عليها ما هو مثله واخف منه في الضرر كالشعير والسمسم وليس له ان يحمل عليها ما هو اضر منه
كالملح لانه اذا رضي بشي يكون راضيا بما هو مثله او دونه دلالة دون ما هو اضر منه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيف
ما كان لانه يتصرف بالامر فليس له ان يخالف الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم لو باع بالف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان
التقييد انما يعتبر ان لو كان مفيدا ولا فايدة في هذه المسالة في التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير بل الشعير اخف فكان اولى بالجواز
حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن ضمن لان للتقييد به فايدة لان الشعير ياخذ من ظهر الدابة اكثر
مما ياخذ من الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام في شرحه
انه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوايهما وزنا اخف من ضرر الحنطة لانه ياخذ
من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط وقال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزن
الحنطة حديدا او ملحا او اجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها اكثر وكذا يضمن اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة
قطنا لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر من الحنطة وفيه حرارة ايضا فكان اضر عليها من الحنطة فصار كما لو حمل عليها تبنا او حطبا والحاصله
ان الشيين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الاخر من وجه لا يستفاد من الاذن في احدهما الاذن في الاخر وان كان هو
اخف ضررا من وجه اخر قال وان عطبت بالارداف ضمن النصف ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف
عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا
اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل اثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه
وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييد به احتراز عما اذا حمله الراكب على
عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة ذكره في النهاية
وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال في
النهاية وفي المحيط انه يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شا ضمن الرديف وان
شا الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستاجرا والا فلا قال وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد اي اذاه
استاجرها ليحمل عليها شيا مقدرا فحمل عليها اكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لانها هلكت بما هو ماذون فيه وغير ماذون والسبب الثقل
فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا او وجب الضمان هنا بحساب الزيادة
اذا كانت الدابة تطيق ذلك فاذا حمل عليها جنسا اخر غير المسمى وجب جميع القيمة وكذا لو استاجر ثورا للطحن حنطة مقدرة فزاد
لم يوجب بحساب الزيادة بل اوجب جميع القيمة لان الدابة هلكت بغير الماذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من
جنس الماذون فيه هلكت بالمجموع فيسقط حصة الماذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها
فعطبت يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال وبالضرب والكبح اي يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالماذون فيه ولابي حنيفة
رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق
بخلاف ضرب القاضي الحد والتعزير وفصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد على الفصاد
لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما
انه يومر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب والوصي الصغير اذا لم يتجاوز ضرب مثله

[illegible]

للتاديب حيث تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان معيناً به اذ منفعته عايدة
عليه وهو ماجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل اولى لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب
امراته لانه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمي الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة ان منفعة الصغير كالواقع
له لقيام البعضية بينهما الا ترى ان شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم
باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه له من ولاية ضربه تاديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة
للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الاب ايضا فيما ضرب المعلم لان ماراي من التاديب لم يصر منقولا اليه لانه
يصح بقدر ما يملك والزايد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين
ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم **قال** ونزع السرج والايكاف او الاسراج بما لا يسرج بمثله معناه لو
اكرى حمارا بسرج لا يسرج بمثله الحمر او اوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لا يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولاختلاف جنس
السرج فيكون متعديا بالاسراج والايكاف فيضمن جميع قيمته وان اسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن
قد تناوله اذ لا فايدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زايدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وقالا الايكاف ه
كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله يوكف الحمر الا اذا كان زايدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما
في السرج لانه هو والسرج سوا فاذا رضي بالسرج يكون راضيا بمثله من الايكاف وجوابه ما ذكرنا ان الجنس مختلف لان
الايكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الاخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد
وقال في النهاية ذكر هذه المسيلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم قال من مشايخنا
من قال ليس في المسيلة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن لجميع
القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقدر ومنهم من قال عن ابي حنيفة روايتان
في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا
على معنى قولهما ان يضمن بحسابه وهو احد الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى اذا كان
السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والايكاف قدر اربعة اشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن **قال** و
سلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا اي تجب الضمان اذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بان
كان المسلوك اوعر او ابعد او اخوف بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن
قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في
حالتين لانه على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة واحدة
ونظيره العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستاجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر
وان كان يسلكه وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت وقال في الكافي
والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفايدة اما اذا كان
بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس **قال** وحمله في البحر الكل وان
بلغ فله الاجر اي يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان هلك القماش وان سلم فله الاجر وقوله الكل عايد الى المسايل
التي تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة وانما ضمن فيما اذا حمله
في البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع ان يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول
المقصود وارتفاع الخلاف **قال** وبزرع رطبة واذن بالبر ما نقص اي اذا اذن له ان يزرع في الارض حنطة يجب
عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة

ونزع السرج بخلاف ... ضمن

احتماع الاجر والضمان

الناس ط

الى سقيها وكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استاجر دابة للركوب او للحمل فاردف
معه غيره او زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانها تلفت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن ان
يجعل مستوفيا المنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنسين الا
ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا او ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره **قال**
ولا اجر اي لا يجب له الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا يجب الاجرة به وانما يجب بالاستيفا
بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة ان يكون الشي الواحد ماذونا فيه وغير ماذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان
والاجرة وان زرع فيها ما هو اقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به
غاصبا **قال** وبخياطة قبا وامر بقميص قيمة ثوبه وله اخذ القبا ودفع اجر مثله معناه اذا امره ان يخيط له ثوبه قميصا
يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قبا وان شا اخذ القبا ودفع له اجر مثله قيل اراد بالقبا القرطق وهو الذي يلبسه ه
الاتراك فكان القميص ذو طاق واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباطاق وقباطاق اذا خيط جانباه
كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقبا فيثبت به الخيار وفي غيره لا يثبت به الخيار بل يضمنه
القيمة حتما وقيل الجواب يجري على اطلاقه والكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه ان القبا والقميص متقاربان في المنفعة
واجزاوهما واحد وهو الكم والذيل والدخريص وعن ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه
الحسن عنه لان القبا جنس اخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر انه قميص من
وجه لانه يمكنه ستره والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والغالب
فيميل الى ايهما شا فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق ياخذ القبا ويعطيه اجر مثله
لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى
والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد او بشبهته وليس فيما زاد على
المسمى عقد ولا شبهة ولا يتقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا وصفه يجب عليه اجر المثل ولا يجاوز به
المسمى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقبا ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد
في اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فامره ان يضرب
له شيها من الاواني فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا **باب الاجارة الفاسدة قال** رحمه الله تفسد
الاجارة بالشروط لانها بمنزلة البيع الا ترى انها تقال وتفسخ فيفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع
بالعقد يكون لها قيمة وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم
العمد واشباهها **قال** وله اجر مثله لا يجاوز به المسمى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان
لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي
دابة او ثوبا او يستاجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استاجر دارا على ان يسكنها المستاجر
فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها اجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع
متقومة عندهما فيجب القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما اذا كان الفساد لجهالة الاجر او
لعدم التسمية ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقا له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما
تقومت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب ان لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان ه
الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد منها الا ان الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له فكانت الضرورة باقية من وجه

الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه

لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح نسبت الحاجة الى الحاقها به فيكون له قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمي فيجب في المسمي بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمي لم يوجد فيه عقد ولا شبهته فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه متقوم بنفسه فيجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا الغير المسمي فيجب بالغا ما بلغ **قال** وان اجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا ان يسمي الكل لان كل اذا اضيفت على مجهول وافراده معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوم وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد وكذا هذا وهذا عند ابي حنيفة ظاهر لانه سوى البابين وهما وافقاه في الشهور واجاز العقد في الواحد في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا اجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل مخالف للدليل فلا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتها العقد الصحيح بشرط ان يكون الاخر حاضرا وان كان غايبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الاخر وعند ابي يوسف يجوز كانه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسمية جملة الشهور تصير المدة معلومة فتصح **قال** وكل شهر سكن اوله ساعة صح فيه لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها عرفا الا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحنث استحسانا ولو فسخ في اثنا الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه امكن توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد ابو نصر بن يحيى بن سلام ولو قال في اثنا الشهر فسخت راس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم اجرة شهرين او ثلثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل اجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمي في العقد **قال** وان استاجر سنة صح وان لم يسم اجرة كل شهر يعني بعدما سمي الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا استاجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فانه صح وجب ان يقسم الاجرة على الايام على السوا ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان **قال** وابتدا المدة وقت العقد يعني ابتدا مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سوا في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين ان لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيبه لمدتها لصار منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله ان يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداوه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسوا فانه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب لسبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر **قال** فان كان حين يهل تعتبر الاهلة والا فالايام يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل اوكان اولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان اولها بعد ما مضى شي من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلثون يوما وهذا عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد اذا كان ابتداوها في اثنا الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو رواية عن ابي يوسف لان الاهلة هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرويته وافطروا لرويته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد امكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل وله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلال تعذر الباقي ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله فيما يليه والا لزم ان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من الثاني انتقص الاخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا كل شهر الى اخر المدة فوجب اعتباره بالايام

ونظيره العدة وقد بيناه في الطلاق **قال** وصح اخذ اجرة الحمام لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس وقال عليه السلام ما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلما من كره الحمام لما روي عن عمارة ابن عقبة انه قال قدمت على عثمان بن عفان فسالني عن مالي فاخبرته ان لي غلمانا وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقالوا انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النسا فقالوا يكره اتخاذ حمام النسا لانهن ممنوعات من الخروج وقد امرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قل ما يخلو من الفتن وقد روي ان نسا دخلن على عايشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتي يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن والصحيح انه لا باس ببنا الحمامات للرجال والنسا جميعا للحاجة اليه لان النسا يحتجن اليه للاغتسال كمثل الرجال بل حاجتهن اكثر لكثرة اسباب الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الما البارد قد يضر وقد لا تتمكن من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان وعايشة رضي الله عنهما محمول على انه اذا كان يودي الى كشف العورة **قال** والحجام اي جاز اخذ اجرة الحجام لما روي انه عليه السلام احتجم واعطى اجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن النبي عليه السلام الى يومنا هذا وانعقد اجماعا عمليا وقالت الظاهرية لا يحل لما روي انه عليه السلام نهي عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ بما روي انه عليه السلام قال له رجل ان لي عيالا وغلاما حجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم **قال** لا اجرة عسب التيس اي لا يجوز اخذ اجرة عسب التيس لقوله عليه السلام ان من السحت اخذ اجرة عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز اخذ الاجر عليه ولانه اخذ المال بمقابلة الما وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز اخذ الاجر عليه **قال** رحمه الله والاذان والحج والامامة وتعليم القران والفقه يعني لا يجوز اخذ الاجر على هذه الاشيا وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار على بنا المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه السلام اقروا القران ولا تاكلوا به وعهد عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت موذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له ان ياخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بنا المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجير يكون للامر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط اهلية الماموربهما بل اهلية الامر حتى جاز ان يستاجر الكافر عليه جاز ان يستاجر عليه المسلم وما لا فلا قال والفتوى اليوم على جواز الاستيجار لتعليم القران وهو مذهب المتاخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القران وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القران واما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعايشهم وقل ما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القران فافتوا بجوازه لذلك وراوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النسا كن يخرجن الى الجماعات في زمان النبي عليه السلام وفي زمان ابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام ابو بكر محمد بن الفضل رضي الله عنه يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال في النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا ثم قال وفي روضة الزندويستي كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخراجري يقول في زماننا يجوز للامام والموذن والمعلم اخذ الاجر قال كذا في الذخيرة وكذا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف **قال** ولا يجوز على الغنا والنوح والملاهي لان المعصية لا يتصور

استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير ان يستحق هو على الاجير شيا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الاخر ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستاجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده الى صاحبه ه وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال من غير شرط يباح لانه اعطا المال عن طوع من غير عقد ولو استاجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد ولو استاجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القاضي ويقيم الحد ودجاز ولو استاجره للحد ودون القصاص لم يجز ولو استاجره لاستيفا القصاص فيما دون النفس جاز **قال** وفسد اجارة المشاع الا من الشريك وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما ان المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية او بالتهايي ولهذا يجب اجر المثل عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وكالشيوع الطاري بان مات احد المستاجرين وكالعارية وهي اقرب الى هذا لان عارية الانتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يكن الانتفاع بها لما جاز اعارته فاذا جاز اعارته فاولى ان يجوز اجارته لان تاثير الشايع في منع التبرع اقوى من تاثيره في منع المعاوضة الا ترى ان هبة الشايع لا تجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة ان المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود منه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز والانتفاع حسي فلا يمكن بمشاع فبطل الا ترى انه يجوز بيع الجحش دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايي لانه يستحق حكما للملك المنفعة فصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشي يسبقه فلا يتصور ان يكون شرطا لثبوت كونه حكما فيفسد بخلاف ما اذا اجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف بحكم الملك والنصف الاخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على انه روي عنه انه لا يجوز لان استيفا المنفعة التي بينا ولها العقد لا يتاتى لغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استاجر احد زوجي المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان العقد اضيف الى الكل فلا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طاري وكذا اذا مات احد المستاجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شايعا وهو طاري فلا يضر كالشيوع الطاري في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية ليست بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود اذنه في ذلك وصار كله عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة المشاع ان يستاجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطاري لا يفسد كما في الهبة او يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى على اجارة المشاع على قولهما **قال** وصح استيجار الظير باجرة معلومة والقياس ان لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستيجار البقرة والشاة ليشرب لبنها والبستان لياكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرت التعامل به في الاعصار من غير نكير ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا ارضعته بلبن الشاة لانها لم تات بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استيجار البقرة والشاة ليشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح بدنه وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا يستحق الاجرة والى هذا القول مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول اشبه بالفقه واقرب اليه وقال في الكافي هو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا ارضعته بلبن الانعام **قال** وبطعامها وكسوتها هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرهما للطبخ او للخبز وله ان الجهالة ههنا لا تفضي الى المنازعة بان العادة جرت بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد ولا يشاححها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند سنة اشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف شيا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند ابي حنيفة والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم حتى يدفع الطعام مكانه الدراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان يسمي بدل الطعام دراهم حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه اعطي بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمي بدل الطعام دراهم لا غير ولو سمي الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تاجيله لان المقدرات الموصوفة في المدة اثمان ولا يشترط في الثمن ان يكون موجلا بل يجوز حالا وموجلا ويشترط بيان مكان الايفا عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط فيها شرايط السلم **قال** ولا يمنع الزوج من وطيها لانه حقه فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان للزوج ان يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم بها سوا كان يشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس او لم يشينه في الاصح لما ان له ان يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي لدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها وكان له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا اثبتت الزوجية باقرارهما ليس له ان يفسخ الاجارة لانهما لا يصدقان في حق المستاجر كما اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستاجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له ه **قال** وان مرضت او حبلت فسخت اي اذا حبلت المرضعة او مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي ايضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا عنها وعن الصبي وهذا لان هذا اجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيا لبنها لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم او على حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة باين فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية لا يبعد ان يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر الا ترى انه كان في نسا بعض الرسل كامراتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امراة نبي قط هكذا قال عليه السلام وكذا اذا كان الصبي لا ياخذ ثديها كان لهم ان يفسخوا الاجارة وللظير ايضا ان تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم يجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتدا العقد ما تبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت انها تتضرر به كان لها فسخه وكذا اذا عيروها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل بثديها ولو مات الصبي او الظير انتقضت الاجارة ولو مات ابو الصبي لا تنتقض لان الاجارة وقعت للصبي لا للاب سوا كان له مال او لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال يجب الاجرة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافر الظير او اهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا اخرج الاخر معه **قال** وعليها اصلاح طعام الصبي لان خدمة الصبي واجب عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظير فهو على عادة اهل الكوفة **قال** فان ارضعته بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليها عقد الاجارة وفي المحيط لو استاجر شاة لترضع جديا او صبيا

التعامل في الاستصناع جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الاثر

لا يجوز لان للبن البهايم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المراة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة **قال** ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه او استاجره ليحمل طعامه بقفيز منه او ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز لانه في الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فتصير في معنى قفيز الطحان وقد نهي عنه عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا فيفسد ولانه جعل الاجر شيئا لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قايمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا ما يصلح قايما به فاذا نسج او حمل فله اجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استاجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الاخر حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سوا كان عينا او دينا من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجرة ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل اهل بلادهم بذلك وقالوا لم نجوز انما نجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولين قلنا ان النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل الا ترى ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك بتعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل فيه جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الاثر والحيلة في جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من المحمول او من المطحون فيجب في ذمة المستاجر ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه انه متى ما جعل المستاجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق اجر المثل كمسئلة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة والحمل لا يستحق شيئا لانه ملكه بالعقد وفي الاول لم يملكه على ما بينا وفي الثاني وهو ما اذا استاجره ليخبز له كذا اليوم فلان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقديره الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الاخر فنفع المستاجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل لكونه اجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضي المدة عمل او لم يعمل فيفسد العقد وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان الاجارة جايزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اول اوقات الامكان فيحمل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المحمول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا يقدر بالعمل وانما يقدر بالوقت وعن ابي حنيفة انه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا للتقدير بالمدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وهو نظيره في الطلاق في قوله انت طالق غدا او في الغد ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة ان اليوم هنا لم يذكره الا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصود بالعقد الا ترى لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا حتى

لا يقابله شيء من الثمن واما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدا كالعمل وقد اضيف العقد اليهما على السواء وليس احدهما في جعله معقودا عليه باولى من الاخر لاختلاف اغراض المستاجرين ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى العمل خوفا من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل وقد تختلف اغراض الاجراء ايضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة وليشتغل بعمل اخر ويستريح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح احدهما على الاخر فيفسد **قال** وان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا له فلا يفسد **قال** وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها او يزرعها بزراعة ارض اخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى لان اثر التثنية وكري الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فتصير صفقة في صفقة وهو مفسد ايضا لكونه منهيا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى لفعله اثر بعد المدة بان كانت المدة طويلة او كان الريع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا او بالسرقنة وقد يحتاج الى كري الجداول ولا يبقى اثره الى القابل عادة بخلاف كري الانهار لان اثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كري الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول واستيجار الارض ليزرعها بارض اخرى ليزرعها الاخر يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى او الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع اليه واشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن سماعة لم لا تجوز اجارة دار بسكنى دار بقوله في جوابه له في الكتاب انك اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وجالست الحنائي فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد فنيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك ان الاحتجاج به غير مخلص والاولى ان يقال ان الاجارة اجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استيجار المنفعة بجنسها فانه يستغني بما عنده منها فبقي على الاصل فلا يجوز ولا كذلك عند الاختلاف لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى منفعة وهي ليست بمال متقوم ووجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعي يجوز استيجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود **قال** ولو استاجره لحمل طعام بينهما فلا اجر له كراهن استاجر الرهن من المرتهن اي لو استاجر احد الشريكين صاحبه لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي تجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فيجوز في الشايع كبيع الاعيان خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليصنع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شايعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشايع ولهذا يحرم وطي الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا يتصور وجودهما في الشايع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشايع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر اصلا ولانه ما من جزء يحمله له الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه انما هو ملك

نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع وبخلاف اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه اجر
المثل لان فساد العقد للعجز عن التسليم على الوجه الذي اوجبه العقد على ما بينا لا لانعدام الاستيفا اصلا فاذا تحقق
استيفا المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر استيفا المعقود عليه اصلا من حيث انه عامل
لنفسه ولا يتصور ان يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كما هو استاجر الراهن من المرتهن يعني لا يجوز استيجار
الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وهذا لان حقيقة
الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن
انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا
ابطل حقه بالايجار له صار منتفعا به على انه ملكه لزوال المانع **قال** ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شي يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع ع
فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين انه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل
جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت
قبل تمام العقد فينقلب جايزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزايد على ثلثة ايام قبل مجي اليوم الرابع وهما
على الخلاف **قال** وان استاجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن لان العين امانة في يد المستاجر
وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع باصله دون وصفه فلا يضمن
ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه **قال** واذا بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل
عليها شيا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد **قال** وان تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت
الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة الاولى وبالحمل في الثانية
ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف
لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان

باب ضمان الاجير

ذكره في الكافي الاجرا على ضربين اجير خاص واجير مشترك قال
الاجير المشترك من يعمل لغير واحد معناه من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا
لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره والاوجه ان يقال الاجير
المشترك من ان يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص من يكون العقد واردا
على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة
بعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه فيه هو الوصف الذي
يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول
في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول
السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا والاول اجير وحد واجير
خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من
يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه
في المدة وان لم يعمل وهذا يؤدي الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما ان المشترك له
ان يتقبل العمل من اشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل او اثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر
مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة

للمستاجر

اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه ينقلب العقد جايزا

عو
لم نجده من جهة غيره فهو مطالب في ذلك بالنقل والمذكور في الخانية والمحيط
والتتمة والعدة كون الفتوى على قوله والمذكور في العمادية والنهاية نقلا
عن صاحب ... ظهر ان المتاخرين اختاروا في هذه المسئلة الفتوى بالصلح
على النصف فيكون الفتوى على نصف او ح

للمستاجر والاجر يقابل بالمنافع لهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل **قال** ولا يستحق الاجر حتى يعمل **كالقصار والصباغ** يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجر الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي
المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او اثره على
ما بينا فلا بد من العمل **قال** **والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك** سوا هلك بسبب يمكن التحرز عنه
كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس
وقالا يضمن الا اذا هلك بامر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان
المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا
عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما
في الوديعة اذا كانت باجر وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة ومن تابعه ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا
عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو المكابر
ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشرا او بالبيع
الفاسد وعكسه الوديعة فانه لا يضمن مطلقا ولا نسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ
تبعا واقتضا لا مقصودا لان العمل لا يتاتى بدون حبس العين ولما لم يمكن العمل الا بحبس العين كان له حبسه ولهذا
لا يقابله شي من الاجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار كاجير الوحد بخلاف الوديعة
باجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل وبخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه
وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو
قول ابراهيم النخعي فتعارضت روايتا فعلهما فلا يلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشي لان
الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور ان يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على ان الحفظ معقود
عليه عندهما لانه لا يتمكن من ايفا المستحق وهو العمل الا بحفظ العين وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون
واجبا كوجوبه فكان العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه ويقولهما يفتي اليوم لتغير احوال
الناس وبه يحصل صيانة اموالهم وان شرط الضمان على الاجير المشترك في العقد فان شرط عليه فيما لا يمكن التحرز
عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وان شرط عليه فيما يمكن
الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه عندهما وعنده يفسد لان العقد لا يقتضيه فيكون
اشتراطه فيه مفسدا **قال** **وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مده مضمون** وقال زفر والشافعي ليس بمضمون عليه لانه ماذون
فيه فلا يجامعه الضمان كالمعين للاتفاق واجير الوحد وهذا لانه عمل ما عمل بامره والامر المطلق ينتظم الفعل
بنوعيه المعيب والسليم والتخرق لضعف في الثوب وان كان المعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق
المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه الا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه فصار
كالبزاغ والفصاد والحجام والختان ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالاجر ولنا ان التلف حصل بعمل غير
ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير امره وهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو
العمل المصلح لان الاذن ثبت في ضمن العقد على السليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه
عن العيوب على ما مر في البيوع فاذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس بماذون له فيه فصار كما اذا وصف له نوعا
من الدق فاتى بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الاعانة

الوديعة اذا كانت باجر لا تضمن اذا هلكت

سيلها

المفتى على الضمان

ذكر في النهاية نقلا عن ... الفتاوى

ساقط العبرة

نزع السطار والحاجز ... من باب قتل شرط ... كذا في المصباح المنير

مخافة الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد فيه لم يتناول العمل المصلح لان نفس ذلك العمل له افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل الا بجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرفه بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا اجتهد واخطا يكون معذورا وبخلاف اجير الوحد لما نبينه وبخلاف تلميذه لانه اجير الوحد عند استاذه واجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على استاذه ما افسده التلميذ بعمله لان الاستاذ اجير المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شا ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شا ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقد مر نظيره قال ولا يضمن به بني ادم يعني ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا تتحمله العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق قال وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا اجر او في موضع الكسر واجره بحسابه اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتدا من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شا فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتدا ولا يجب الاجر لانه تبين انه كان متعديا من الابتدا وان مال الى كونه ماذونا فيه في الابتدا وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر واعطاه اجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق او عثر واما اذا كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند ابي حنيفة لان المتاع امانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر لانه سلم العمل اليه بهلاكه فيعطيه اجره ولا خيار في هذه الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على ما بينا قال ولا يضمن حجام او بزاغ او فصاد لم يتعد الموضع المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضي او عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته تعرف بما يحتمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه ينبني على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزايد كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بما دون فيه وغير ماذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرا المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزايد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهي من اندر المسايل واغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك اقل قال والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم اي الاجير الخاص يستحق الاجرة بتسليم نفسه للعمل عمل او لم يعمل سمي اجيرا خاصا واجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البنا للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى

ضمان الادمي لا يجب بالعقد

من المعاني التي استحسا...

لو قطع الختان الحشفة

رب الثوب

قوله الهداية غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة بلا اشتراط ذلك انتهى
قال في النهاية غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع بخلاف الاجارة يعني انما يفارق عقد
الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدين لا يصح الا بشرط الخيار ويجوز في
عقد الاجارة في احدى المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا اخذ في
عمل من عاملها ... هذا الكلام لانه اذا باع احد العبدين لا يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين ...

رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل لانه نقض عمله فصار كانه لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينة او نقض الاسكاف الخياطة اجبر على اعادتها وانما يكون اجير وحد اذا استاجر ليرعى الغنم اذا اشترط عليه ان لا يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه جعله اجير الوحد باول الكلام لانه اوقع الكلام على المدة في اوله وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل فيقول استاجرتك شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على ان ترعى غنم غيري مع غنمي او اخر المدة بان استاجره ليرعى له غنما مسماة باجرة معلومة شهرا كان اجيرا مشتركا لانه جعله اجيرا مشتركا باول الكلام بايقاع العقد على العمل في اوله وقوله شهرا في اخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه قال ولا يضمن ما تلف في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبضها باذنه وهذا عند ابي حنيفة ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى في حفظها واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فاخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل ولهذا لان المبيع منفعته وهي سليمة وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه ولا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدي كالمودع قال وصح ترديد الاجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا اي يجوز ان يجعل الاجر مترددا بين تسميتين بجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بان يجعل له الخيار فيهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين او يجعل العمل فيه مترددا بين زمانين مثل ان يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز في اليوم الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول اي في المتردد بين زمانين يجوز في الوقت الاول او يجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته حدادا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم او قال ذلك في بيت او يجعله مترددا بين مسافتين في الدابة او بين حملين بان قال اجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا او بان قال له اجرتكها على انك ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا الوجهين بين ثلثة اشيا جاز ولا يجوز اكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على احداهما ان الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي وقد بيناه في البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب الى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول اما الاول وهو ما اذا قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين

عبد بن علي ما بينا في موضعه **واما** الثاني وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم
فالمذكور هنا هو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول ابي حنيفة وعندهما الشرطان جائزان وعند
زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيها تسميتان في اليومين لان المسمى في غد هو المسمى في اليوم ايضا والمسمى في اليوم
هو مسمى في الغد ايضا وانما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير الا يرى انه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم
فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل
واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير
قوله بعتك حالا بالف ومؤجلا بالفين **ولهما** ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته ه
واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز
يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة
الانفراد لانه لو حمل على التاقيت يفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة
حالهما اذ مقصودهما الصحة دون الفساد **ولابي حنيفة** ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته حتى
يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين
في المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعين الوقت لا يوجب كونه
اجيرا مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل
على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته
لانا لو حملناه على انه للترفيه يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب
حمله انه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد ايضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا يكون اجرته
انقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه
اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الاولى
باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب
في العمل الاخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه
اجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لان
التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا
يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى الى ما بعد الغد
والصحيح قولهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه **واما** الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان
عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز هذه الاجارة وعلى هذا
الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال اجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا **ولهما** ان الاجرة والمنفعة
مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى اي العملين يفعل واي التسميتين يجب وقت التسليم
بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم ه
والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو الفارق
لهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري ايهما يجب والاجارة
تفسد ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما اجرة معلومة فوجب ان
يجوز كما في المسئلة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفا

ترتفع

ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفا بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين
عند بعض المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيجعل التسليم لهما والصحيح انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر ضررا
من الانتفاع باقلهما ضررا وكذا الجواز اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بماية او هذه الدار ه
بمايتين او اجرتك هذه الدار بخمسين وهذه الدار بعشرين وكذا الجواز بين ثلاثة اشيا ولا يجوز اكثر من ذلك
والمعنى قد بيناه في البيوع **قال ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة بلا شرط** لان مطلق العقد يتناول الخدمة
في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يتقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له ان
ينقله الى خدمة السفر لانه الاشق فصار نظير ما لو استاجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب غيره للتفاوت
وكذا لو استاجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن فيه حدادا لانه اضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد
على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه
ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستاجر منافعه تنزل منزلة المولى فيه والمولى كان له ان يسافر به ه
فكذا هذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة الا يرى ان للمولى ان يبيع رقبته وان يزوجه
ولا يملك المستاجر ذلك فكذا ليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك او يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف
بذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان
والاجر لا يجتمعان **قال ولا ياخذ المستاجر من عبد محجور اجرا دفعه لعمله** معناه لو استاجر شخص عبدا محجورا عليه
من نفسه فعمل واعطاه الاجر ليس للمستاجر ان ياخذ منه والقياس له ان ياخذ لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستاجر
لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه
فكان له ان يسترده وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون
فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له ان يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى
الا يرى انه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل محض نفع في حق المولى
لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم يجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض
العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في
حالة الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه
فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات
ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل فان
اعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه
في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد
قال ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من اجره معناه اذا غصب رجل عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب من يد العبد
الاجرة فاكلها فلا ضمان عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه ضمانه لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له لان المال للمولى
لان اجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ
منه والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده
او بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب
وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه فلا يتصور ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف
يحرز ما في يده عنه وما لم يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق

المطلق تقيد بالمعارف

منافع المغصوب لا تضمن عندنا

بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو اتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو اجر العبد بنفسه واخذ الاجرة واكلها فلا ضمان عليه فكذا اذا اجر العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين اصلين يوزع عليه حظهما فرجحنا جانب المالك في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا اكله لان الاصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو اجر العبد كان الاجر له قال ولو وجد ربه اخذه اي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة اخذ لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى ياخذ المالك قال وصح قبض العبد اجره اي لو قبض العبد اجرته من المستاجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه ماذونا له في التصرف النافع قال ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والاول باربعة لانه لما قال اولا شهرا باربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين الا بحكم فلا ان تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز ايضا ولانه اقرب الاوقات اليه فصار كما لو صرح به قال ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال معناه لو استاجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستاجر في اخر الشهر ابق او مرض في المدة وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى اول المدة فقال اصابه قبل ان تاتيني بساعة حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستاجر ظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للموجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب اقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو اعتق جارية ولها ولد فقالت اعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او في لون الصبغ بان قال صاحب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ بل امرتني اصفر او في الاجرة بان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر كان القول في الكل قول المستاجر اما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له او قيمته معمولا وله اجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في اصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل اليهما شلو وروي ابن سماعة عن محمد انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا واما اذا اختلفا في الاجر فلان المستاجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع

لا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك

القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر

بصبغه حج

او قيمته معمولا كذا في نسخ الكتاب والصواب الموافق لعامة الكتب وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله

يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له اي معاملا له بان كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على انه يعمله باجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجرة للعلم به وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا للظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير الا يرى ان ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله

باب فسخ الاجارة

قال رحمه الله وتفسخ بالعيب اي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض ثم اذا استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما ياتي بعد فسقط خياره قال وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحا اي تفسخ الاجارة بهذه الاشيا وهذا يشير الى ان الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشيا وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهي المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر والاول اصح ووجهه ان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض او المستاجر وقال في الاصل ان الاجارة في الرحا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه الموجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس له ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا اصرح بانه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البنا ويتاتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن لا اجر على المستاجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستيجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شي من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال وتنفسخ بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي لا تبطل بموت احدهما ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات الموجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستاجر فلو بقي العقد انما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان احدهما بعوض والاخر بغير عوض وذلك لا تاثير له في حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض او بغير عوض اذ الوراثة خلافة ولا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال وان عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات احد المستاجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر تبطل في نصيب الحي ايضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشرط يراعى وجودها في الابتداء دون البقا كالهبة وكالشهادة في النكاح قال وتفسخ بخيار الشرط وقال الشافعي لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد له

كذا في الكفاية

بلغ مقابلة على خط المصنف

والاب كالوكيل والاصح كذا في الكافي

من تلف شي من المنفعة في مدة الخيار وان كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا علي الكمال لان ما مضي من المنفعة في مدة
الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع المعقود
عليه فيه اذ المبيع عين يبقي **ولنا** انه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار
فيه كالبيع **و**هذا لان الخيار شرع في البيع للتروي حتي اذا كان فيه غبن وخسران يفسخ لان الاجارة تقع بغتة من
غير سابقة تامل فيمكن ان يصادف غير موافق فيحتاج الي ازالته فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح لانه لا يقع بغتة
بل تتقدمه السوم والتامل في الموافق فلا يحتاج فيه الي التروي بعد فلا يحتاج اليه **و**لان النكاح لا يقبل الفسخ
بالاقالة فلا يوثر فيه خيار الشرط ولا يفيد الا يري ان الاجارة تفسخ بعيوب مضرة كالبيع ولا كذلك النكاح **و**بخلاف الصرف
والسلم لان شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض
المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا خيار الشرط للضرورة بخلاف المبيع لانه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا
ضرورة الا تري ان المستاجر يجبر علي القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة **و**في البيع لا يجبر عليه بعد
هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك ان هلاك بعض المعقود عليه لا يوثر في منع الفسخ ولا المضي فيها **و**لان العقد في المنافع
يقع متفرقا لانه ينعقد ساعة فساعة علي ما بينا فصار كل جزء من اجزاء المنفعة مستحقا بعقد علي حدة فلا يتصور
فيه تفريق الصفقة اذ هو لا يكون الا فيما ملك بعقد واحد **قال** **والروية** اي تفسخ بخيار الروية ايضا **و**قال الشافعي
لا يجوز استيجار ما لم ير للجهالة **قلنا** الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي الي المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي اليها
لانه ان لم يوافقه يرده فلا يمتنع الجواز **ثم** اذا راه ثبت له خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا بالتراضي ولا رضا بدون العلم
وقد قال عليه السلام من اشتري شيا لم يره فله الخيار اذا راه **و**الاجارة شرا المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا
او دلالة **قال** **وتفسخ بالعذر** اي بالعذر **وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه** اي موجب العقد **الا بتحمل**
ضرر زايد لم يستحق به اي بالعقد **كمن استاجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع او ليطبخ له طعام الوليمة**
فاختلعت منه او حانوتا ليتجر فيه فافلس او اجر ولزمه دين بعيان او ببيان او باقرار ولا مال له غيره او استاجر
دابة للسفر فبدا له منه لا المكاري وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
ومذهب شريح ان الاجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لانها اجيزت للضرورة كالعارية ولا حاجة الي اثبات
صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية **قلنا** هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع
وكونه اجيز للحاجة لا يدل علي عدم لزومه الا يري ان السلم اجيز للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها
عقد تبرع فلا يلزم علي ما بينا **ثم** المنافع غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ
به اذ المعني يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهذا هو معني
العذر **و**في كل واحد من الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر **و**في المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ
وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة علي المتعاقدين فاذا آل الامر الي الضرر اخذنا فيه
بالقياس فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقد التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية
ثم قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الي انه لا يحتاج فيه الي قضا القاضي
لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ **و**في الزيادات ان الامر يرفع الي الحاكم ليفسخ الاجارة
لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف علي قضا القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الايمة السرخسي هو الاصح **و**منهم
من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم **و**قال قاضيخان والمحبوبي هو الاصح **و**العذر
الظاهر مثل استيجار الحداد للقلع الضرس ثم يسكن او الطباخ ليطبخ للوليمة ثم تخالع المراة **و**قوله او اجر ولزمه دين ثم

اي آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر علي ايفائه الا من ثمن ما آجر **و**اختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع
الدار اولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه **و**قال بعضهم تفسخ الاجارة اولا ثم يبيع قوله ولزمه
دين بعيان او ببيان او اقرار وانما ذكر ليبين انه لا فرق في ثبوت الدين بين ان يكون بمشاهدة او باقامة
بينة او باقرار اذ بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتضرر **و**قوله او استاجر دابة للسفر فبدا له منه لا
المكاري اي لو استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ان لا يسافر يعذر **و**لو بدا للمكاري لا يعذر لان المكتري بالسفر
بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم **و**المكاري لا يلزمه ذلك الضرر
لانه يمكنه ان يقعد ويبعث علي يد تلميذه او اجيره **و**كذا لو مرض لما ذكرنا **و**روي الكرخي انه عذر لانه لا يعري
عن ضرر لان غيره لا يشفق علي دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض **و**علي رواية الاصل
ليس بعذر لما ذكرنا **قال** **ولو احرق حصايد ارض مستاجرة او مستعارة فاحترق شي في ارض غيره**
لم يضمن لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد فصار كالو حفر بيرا في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف
ما اذا رمي سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشر علة فلا يبطل حكمها
بعذر والتسبيب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة واحراق الحصايد في مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادية حين اوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له في تحريكها **و**اما اذا كانت
الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر فيضمن **و**ذكر في النهاية معزيا الي التمرتاشي انه لو وضع
جمرة في الطريق فاحرقت شيا ضمن لانه متعد بالوضع **و**لو رفعته الريح الي شي فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله **و**لو
اخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه فوضعه علي العلاة وضربه بمطرقته وخرج شرار النار الي الطريق العامة واحرقت شيا
ضمن ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيا فاحرق شيا لم يضمن **و**لو سقي ارضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدي الي ارض جاره ضمن
لانه لم يكن مستعملا فيما فعل بل كان متعديا **قال** **وان اقعد خياطا او صباغا في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح** وهذا
استحسان والقياس ان لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول **و**لان الاجرة بعض ما يخرج من
العمل فصار كقفيز الطحان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا
وجه الاستحسان ان هذه شركة الصنايع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنايع ان يكون العمل عليهما وان كان احدهما
يتولي العمل بحذاقته والاخر يتولي القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الي الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته
فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جايز لهما اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص الشي
بالذكر لا يدل علي نفي ما وراه فاسكتنا اثبات الشركة في التقبل والعمل اقتضا **و**لو صرحا بشركة التقبل فعمل احدهما ما قبله
صاحبه او ما قبله بنفسه ولم يعمل الاخر لعذر به من مرض ونحوه كان الاجر بينهما علي ما عرف في موضعه فكذا هنا **و**قول
صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة
الوجوه ان يشتركا علي ان يشتريا شيا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شرا فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه وانما
هي شركة الصنايع علي ما بينا **قال** **وان استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الي مكة صح وله المحمل المعتاد** والقياس
ان لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الي المنازعة **و**جه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل
تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الي المعتاد **و**كذا اذا لم ير الوطا وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء علي نفسه والمراد
ما يلقيه الراكب علي نفسه **قال** **وروية احب** اي روية المكاري المحمل اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الي العلم بتحقق
الرضا منه **قال** **ولو قدر زادا فاكل منه رد عوضه** اي ان استاجر جملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق
رد عوض ما اكل **و**قال بعض اصحاب الشافعي ليس له ان يرد عوض ما اكل لان عرف المسافرين انهم ياكلون الزاد ولا يردون

بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد اذا انفذ ما عنده لان العرف بينهم جرى برده عند نفاذه ولنا انه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض او يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم وهم المحتاجون اليه قال وتبع الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق مضافا اي مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه في اول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها فيجوز اضافته الى ان البيع لما لم تجز اضافته لا يجوز فسخه ايضا اضافته الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على انهما اجارة فيجوز اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك يجوز اضافته على ما نبينه والكفالة التزام للمال ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملايم بخلاف الوكالة فانها يجوز تعليقها بمطلق الشرط اذ الكل تتعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان الا مضافين اذ الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة والقضاء والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقها بالشرط الا يرى انه عليه السلام امر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري قال لا البيع واجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين يعني هذه الاشياء لا يجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية واما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع والله اعلم

كتاب المكاتب

قال رحمه الله الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة اي خرزها والكتب الخرز الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة اذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش لجمعها وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة او لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا او لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو الاظهر ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية واحكامها حالا ومآلا وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه او على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال الكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعد وان استعمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء والفاظها ان يقول كاتبتك على كذا او يدل على ذلك قال كاتب مملوكا ولو صغيرا يعقل بمال حال او مؤجل او منجم وقبل صح لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الاية مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعي لا يجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة اما الاول فلان الصغير ليس باهل للتصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الاية يشهد لنا لان الابتغاء المذكور في الاية يتحقق منه اذ الكلام في صبي يعقل واما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد الا يرى ان العجز الطاري يبطلها فالمقارن اولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على اصله

لان المأخوذ فيه اهل للملك قبل العقد فالظاهر انه قادر على ايفاء ما التزم واقدامه على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول الحالة والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم العقد ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شيء جاز ان يشتري ما شاء بما شاء بخلاف السلم على اصلنا لان السلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يسامحه ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة بحق في الحال ولان اعتباره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز ان يملك في المجلس اضعاف بدل الكتابة لان المال غاد ورايح فلا يمتنع به الجواز لان عقود المداينة تعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيئا ان يشتري بجملة بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط ان يكون موجودا معينا الا في السلم لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلابد من التزامه والامر في الاية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى ان يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله امر به والامر للوجوب وقال بعض مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق العادة فان العادة جرت على انه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا قلنا الامر قد يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى الغاء الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون للتعليق فائدة اصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندبية يعني يستحب له ان يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم الاية فان تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج امة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه والمراد بالخير المذكور في الاية هو ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء واداء الامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا اي مالا وما تنفقوا من خير اي مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه ابو داود وقال عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق فهو رقيق رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة واختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب علي رضي الله عنه انه يعتق بقدر ما ادى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستوي فيما يسلم لكل من البدلين ومذهب ابن مسعود انه يعتق اذا ادى قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب ابن عباس انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته كانه جعل الكتابة واردة على الرقبة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت انه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه اخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له احكام الحرية على ما بيناه ولا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد باداء البدل وان لم يقل له المولى اذا اديته الي فانت حر وقال الشافعي لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلابد من تعليق العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي انها عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من احكام الكتابة حتى يجوز بيعه ومنعه عن التصرف

عقد المعاوضة يقتضي المساواة بين المتعاقدين — الاستدلال بالقران في النظم

لا اثر لتعليق العتق في ثبوت احكام الكتابة

وبملك اخذ كسبه بلا اذنه ولا تاثير لتعليق العتق في ثبوت احكام الكتابة الا يرى انه اذا علقه بشرط اخر لا يثبت
له شي من احكامها وكذا اذا علقه باداء المال بان قال ان اديت الي الفا فانت حر فعلم بذلك ان هذه الاحكام تثبت بعقد
الكتابة فكذا العتق يثبت به عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في ساير العقود وكان القياس
ان يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركنا ذلك بما روينا ولانه لو عتق كان المولي يتضرر بخروج عبد
عن ملكه بعوض في ذمة المفلس ولا يصار اليه ونظير ما قلنا في الاجارة لما لم يكن ملك المنفعة في الحال تاخر ملك البدل
ايضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شي من بدل الكتابة وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل وهو قول
عثمان لقوله تعالي واتوهم من مال الله الذي اتاكم امر وهو للوجوب ولنا ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون
موجبا اسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيا وضده كساير العقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الاخر كذلك
لان العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الاية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الامر بالكتابة فانه للندب
فكذا هذا وليس هذا من باب الاستدلال بالقران في النظم مثل قوله تعالي اقيموا الصلاة واتوا الزكاة لان تلك الاية
مشتملة بكلمتين مستقلتين لا ارتباط لاحدهما في الاخري فلا يجوز ان يستدل بحكم احداها علي حكم الاخري اما هنا
فالثانية مرتبطة بالاولي اذ البدل الماموربه في الاولي هو البدل الماموربه في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء
دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتاء ايدل عليه لانه للتمليك لا للحط فعلي هذا
يجوز ان يكون المراد به هو دفع الزكاة اليهم بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالي وفي الرقاب في اية الصدقات (المكاتبين)
ويجوز ان يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جملة فقرا المسلمين كل ذلك ممكن لان الواو في الاية لا تقتضي
الترتيب والقران قال وكذا ان قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا
اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان
والقياس ان لا يكون مكاتبا به لان النجوم فصول الاداء وله ان يضرب علي عبده ما شا من المال فيما شا من المدة
وقوله بعد ذلك ان اديته فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان
ان العبرة للمعاني دون الالفاظ حتي كانت المضاربة بشرط ان يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط ان يكون
لرب المال بضاعة وقد ادي معني الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما اذا اطلق الكتابة بل اولي لان المفسر اقوي
وقوله اذا اديته فانت حر لا يمنعه لان ما قبله محتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه تترجح جهة الكتابة وقوله
والا فانت اي ان لم تؤده فانت رقيق فضل من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة ولو قال له اذا اديت
الي الفا كل شهر مائة فهي مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل علي الوجوب ولا يجب علي العبد لسيده الا
بالكتابة فيعلم بذلك ان مقصود المولي الكتابة ولان التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك
بالكتابة وفي رواية ابي حفص ليست بمكاتبة بل يكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء دفعة واحدة والتنجيم ليس من خواص
الكتابة حتي يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في ساير الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص بالكتابة فلا يكون مكاتبا
وهو الاصح قال ويخرج من يده اي اذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولي لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق
المكاتب ولهذا لا يكون للمولي منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود
من الكتابة ان يتمكن من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال دون ملكه
اي لا يخرج من ملك المولي لما روينا ولانها عقد معاوضة يقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولي في
ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع التنافي اذ المولي لا يستوجب علي
عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد مقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولي الملك بالقبض تم المالكية

لا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة خلافا للشافعي

لو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط

لا تصح الكفالة ببدل الكتابة

ما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة اصلا حتي في النكاح — منافع البضع ملحق بالاجزاء — القدرة علي تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ

تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الي تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح — النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة — كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد

بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه غير معقود به فلا يشترط القدرة عليه

للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لصيرورة المالكية فتتحقق المساواة بذلك ابدا وانتهاو ولو
اعتقه المولي عتق بعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق
وقد حصل بدونه قال وغرم ان وطي مكاتبته او جني عليها او علي ولدها او اتلف مالها لانها بعقد الكتابة
خرجت من يد المولي وصار المولي كالاجنبي فصارت احق بنفسها وكسبها ليتوصل الي المقصود بالكتابة وهي
حصول الحرية لها والبدل للمولي بناء علي كونها احق بما لها ونفسها ولولا ذلك لاتلف المولي ما في يدها ولم يحصل لها
الغرض المبتغي بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالاجزا فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطي وانتفي الحد
للشبهة قال وان كاتبه علي خمر او خنزير او قيمته او عين لغيره او مائة ليرد سيده عليه وصيفا فسد
اما الكتابة علي الخمر والخنزير فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد وهذا لان تسمية ما ليس
بمتقوم في عقد يحتاج فيه الي تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية
الخمر والخنزير لانه لا يحتاج لصحته الي تسمية حتي يجوز النكاح بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا اذا سمي ما لا يصلح مهرا
لان وجوده كعدمه واما اذا كاتبه علي قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين
وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فيفسد لتفاحش
الجهالة كما اذا كاتبه علي ثوب او دابة لان الثوب والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في
الذمة اصلا حتي في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص علي موجب العقد
الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه علي عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته حتي لو اتي بقيمته
يجبر المولي علي قبولها ولو كانت الكتابة علي القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة في مسالة الكتاب لو وجبت
لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه علي عبد يجب حكما لا قصدا وكم من شي يثبت حكما للغير
وان كان لا يثبت قصدا الا يري ان الاضحية بالحمل لا يجوز ويجوز تبعا لامه وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا لامه واما
اذا كاتبه علي عين غيره فلانه لا قدرة له علي تسليمه والمراد به شي يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل
والموزون غير النقدين حتي لو كاتبه علي دراهم او دنانير بعينها وهي لغيره يجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين
في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة وروي الحسن عن ابي حنيفة ان الكتابة علي
عين الغير جايزة حتي لو ملكها العبد وسلمها الي المولي عتق وان عجز رد في الرق لان المسمي مال متقوم والقدرة علي
التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة علي تسليم
المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تنفع تسميته
بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا يشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح
لان القدرة علي ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتي لو تزوج صغيرة رضيعا جاز فعلي
ما هو تابع فيه وهو الصداق اولي ان لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق ايضا ولان الكتابة شرعت علي
وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخي حرية الرقبة الي وقت الادا فلو جاز هذا
لثبتت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا علي وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا تكون كتابة لان الكتابة
شرعت لاثبات الحريتين علي التعاقب فاذا لم يحصلا لم ينعقد اصلا لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد
ولانها لو جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولي اذ الاجازة تستند الي العقد فيصير العين من اكسابه
وقت العقد وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة علي مال المولي لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز
وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولي ضرورة ولو اجاز صاحب

لو تزوج صغيرة رضيعا

كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد — صفقة في صفقة مثل بيع في كتابة منهي عنها

العقد ينعقد مع الفساد اذا كان المسمى مالا متقوما

روى صاحب الاملاء عن ابي يوسف

العين في ذلك روي عن محمد رحمه الله انه يجوز لانه لو اشتري به شيا يجوز بالاجازة مع انه مبني على المماكسة فالكتابة اولى ان يجوز لكونها مبنية على المسامحة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز لانه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها تثبت للحاجة الى الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البدل عينا لانه ينعدم به مقصود الكتابة على ما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه ان ملك ذلك العين فادى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا اديت الي تلك العين فانت حر فح يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف وروى صاحب الاملاء عن ابي يوسف انه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما اذا كاتبه على خمر فاداها ووجه قول ابي حنيفة ان تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد اصلا فيعتق ان ادى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بان كان ماذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا تتعين في عقود المعاوضة واما اذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه سيده وصيفا فالمذكور هنا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما اصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد ويجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها وهذا ما عرف ان الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى ان كل ما يصلح تسمية يصلح استثناؤه وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكاتبة فيبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة لانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة ولا يجوز للنهي عنها **قال فان ادى الخمر عتق** لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق باداءه ولا يعتق باداء ما ليس ببدل هكذا ذكر في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكر في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة ومحمد انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق نصا وفي ظاهر الرواية يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لها قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا بمال اصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا **قال وسعى في قيمته** لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده **قال ولم ينقص من المسمى ويزاد عليه** لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير ان المولى لم يرض ان يعتقه باقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته من المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته

والمساهلة

لو كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه

والثمن ... صاحب الكافي [illegible]

والعقد الفاسد ... [illegible]

البدل

مبني البيع على المضايقة والمماكسة — اثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد — الايمان تنعقد مع الجهالة

المكاتبة تمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع

على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل في الفاسد ذكرها او لم يذكرها فامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر اصلا حتى لو ادى قيمته ايضا لا يعتق الا اذا علقه به قصدا بان قال ان اديت الي ثوبا فانت حر فح يعتق باداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الايمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ما ينطلق عليه اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فتمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه ثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر اصلا والاصل فيه عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيا لا يصلح عوضا لجهالة القدر او لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق باداء المسمى ولا باداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد اصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عقد المكاتب معلق باداء العوض وليس بمعلق بمطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كثوب لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا يتعلق به كالقيمة فانها معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا اعتبرناها في ضمان العدوان وضمان العقود اذا فسدت التسمية **قال ويصح على حيوان غير موصوف** اي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد اصل فالعين اصل تسمية والقيمة ايضا اصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كان كاتبه على دابة او دار او ثوب وكالبيع والجامع كونها معاوضة لا يصحان الا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الكتابة على الوصيف ولانها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على الف الى العطاء ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه والمكاتبة معاوضة بغير مال في الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او نحوها لان الجهالة فاحشة فيه فلا ينعقد اصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته حيث يفسد ويجب فيه القيمة والفرق ان الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا ان جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة جنس منفعة لا تمنع في الكل **قال او كاتب كافر عبده الكافر على خمر** يعني صح هذا لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم فيصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب قيمته القيمة على ما بيناه فيما اذا كان المولى مسلما **قال واي اسلم فله قيمة الخمر** لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة ففي الكتابة يصح ان تكون القيمة بدلا في الجملة الا يرى انه اذا كاتبه على وصيف او نحوه يجوز الكتابة وتجب القيمة فكانه كاتبه على القيمة ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة فاذا جاز ان ينعقد على القيمة فاولى ان يبقى بخلاف البيع لانه لا ينعقد على القيمة صحيحا اصلا فكذا لا يبقى عليها **قال وعتق بقبضها** اي بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الاخر للاخر

حاله ولا يتصور نفاذه صحيحا على الخمر بعد الاسلام ح
واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم
عبده على خمر فانه يعتق باداء الخمر او قيمة نفسه على ما مر قال في الكافي هكذا ذكر بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين
الشيرازي ونجم الدين الافطس والرحبي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي ه
ولو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم تبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا
على الخمر بعد الاسلام فخرجت الخمر من ان تكون بدلا فيه ضرورة وباداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده
او كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق باداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط فيه
لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست بمال والله اعلم

باب

ما يجوز للمكاتب ان يفعله قال رحمه الله **للمكاتب البيع والشراء والسفر** لان مقصود السيد من العقد له
الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في
الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة واستجلابا
لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فيكثر بيوعه وتصرفاته كلها فيصل الى مقصوده فيحتاج الى مثله وقد يحابي في صفقة
ليربح في اخرى قال **وان شرط ان لا يخرج من المصر** هذا متصل بما قبله اي له ان يسافر وان شرط المولى عليه ان
لا يخرج من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص
بنفسه ومنافع نفسه واكسابه وان لا يتحكم عليه احد وتحصيل المال باي وجه شاء وذلك بان يتصرف كيف شاء
وينفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال
الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده
فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا في صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من
حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال
في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فيوفر عليها حظهما فلشبهه بالبيع يبطل بالشرط
الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يكون في البدل مثل ان يشترط خدمته او يكاتبه على خمر او خنزير ولشبهها
بالنكاح لا يبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كما شرط ان لا يخرج من البلد او لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة
في جانب العبد تشبه الاعتاق وهذا الشرط مختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط
كما اذا اعتق عبدا على انه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال **وتزويج امته** لانه من باب الاكتساب حيث
لانه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد اطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث
لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فيمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى
هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس بمقصودها ايضا بتزويج نفسها المال وانما التحصين والاعتاق بخلاف
تزويج امتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد الماذون له في التجارة والمضارب
والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال **وكتابة عبده** وقال زفر
والشافعي ليس له ان يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله
ولهذا لا يجوز للوكيل ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما
يكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل اليه ولهذا يملكه
الاب والوصي وهو لم يملكه على ان العقد يقتضي مثله وانما ملكه على ان الكتابة بيع من نفس العبد وقد بينا انه قد
يكون انفع من البيع لعينه واذا جاز البيع فاولى ان تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو جازت

لجازت

الاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة

لجازت على ان العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب العتق الحرية مقصودا
للحال وهو لا يقدر على ذلك ولان فيه ازالة ملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله
والاعتاق على مال فوق الكتابة فاولى ان لا يملكه تعليق العتق باداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا ولانه فوق الكتابة
الا ترى انه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له ان يكاتب والده وولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب
لا يكاتب ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال **والولاء له ان ادى بعد عتقه**
اي الولاء للمكاتب الاول ان ادى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن اعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو اهل
للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال **والا لسيده** اي ان لم يؤد المكاتب
الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل اداه قبل ان يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب لانه تعذر جعل المكاتب معتقا
له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد الماذون له شيئا فانه لا يملكه
لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب انضياف الى تصرفه ه
لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه وفعل النائب ينتقل الى الاصل فيكون كانه اعتقه لان فعل
نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن
المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل
وهي الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق
زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال **لا التزوج بلا اذن** اي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب
نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب
المال وفي حق ما ليس فيه اكتساب فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه اكتساب
مال على ما بيناه ويملك التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لما ان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لا غير لخروجه عن ملك المولى
يدا ولثبوت ملكه في الرقبة قال **والهبة والتصدق الا بيسير** لانهما تبرع وهو ليس من اهله الا ان اليسير منه من ضرورات
التجارة اذ لا بد له من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهي من ضرورات التجارة فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو
من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال **والتكفل والاقراض** لانهما تبرع محض وليسا من
ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين ان يكون في المال او في النفس وبين ان يكون
بالامر وبغير الامر لان الكل تبرع قال **واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه** لانه ليس باهل للاعتاق لان
العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة
دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا ه
يملكه قال **وتزويج عبده** اي لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا ه
لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال
والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه لان الاب والوصي يملكان الاكتساب
كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب وشريكي العنان والمفاوضة لا يملكون
الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان
المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت
فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع ولولا انها مال لما ثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا انها مال لما صلحت
لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه ان

من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها ملك تزوج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وامينه وكل من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والماذون له لا يملك تزوج الامة ولا الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يملكون تزوج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه انه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالماذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالماذون اشبه بالفقه قال ولو اشترى اباه او ابنه تكاتب عليه لان المكاتب من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبة والعتق يختص عن ملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم واذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان اهلا للاعتاق بان كان بالغا عاقلا او كان صغيرا او مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق تجب حقا للعبد فلا تختلف بين ان يكون مكلفا او لم يكن كنفقات الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا تختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعا له واقوام دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا والا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال ولو اخاه ونحوه لا اي لو اشترى اخاه او غيره من محارمه غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يتكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه ويجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا يقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امراته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا غيرا ان الكسب يكتفي للصلة في الولاد لا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله ولان هذه قرابة تشبه بني الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة اليه ويشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين شيئين منهن في النكاح فالحقناها بالولاد في العتق وببني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه ليس للاخر ان يبطله ولو كاتبه كان له ان يبطله قال ولو اشترى ام ولده معه لم يجز بيعها اي لو اشترى المكاتب ام ولده مع ولده منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه امه فيه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه السلام اعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطاها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها على ما بيناه من قبل ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند ابي حنيفة وقالا ليس له ان يبيعها لانها ام ولد له فصار كالحر اذا اشترى ام ولده وحدها بدونه ولابي حنيفة ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فيلزم ان يجعل الشيء الذي هو

غير قابل

غير قابل للفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه وما للمكاتب موقوف فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا انه امتنع بيعها تبعا للولد هاهنا وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال وان ولد له من امته ولد تكاتب عليه وكسبه له لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة على ما بيناه وكان كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا الولد من المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك واذا سرى اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال وان زوج امته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت احق بكسبه من الاب لانه لا ملك له عليها حتى يسري الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي احق به لانه جزؤها فصار كنفسها وهي نظير المسالة الاولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا انها احق به بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن انفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام احق بها لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون احدهما اولى به من الاخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام اولى على ما بينا قال مكاتب او ماذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد يعني لو تزوج مكاتب او عبد ماذون له في التجارة امراة زعمت انها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له ان ياخذه بالقيمة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها المستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هي الغارة له وكذا اذا غر عبد او ماذون او غير ماذون له في التجارة او مكاتب رجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب التجارة فلا ينفذ في حق مولى الغار وان غر حر رجع عليه في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه في الحال اذا كان التزوج باذن مولاه والا فبعد الحرية وليس له هو ان يرجع على احد بالمهر على ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الاخبار بانها حرة لانه تزوجها رغبة في حرية الاولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له فصار مغرورا كالحر فيكون اولاده احرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وتركنا هذا في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال وتشهد المسالة التي تلي هذه المسالة لهذا المعنى قال ولو وطئ امة بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة اي لو اشترى المكاتب امة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد الماذون له في التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا اخرى والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا ماذونين فيهما كالتوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال قال ولو بنكاح اخذ به مذ عتق اي لو تزوج المكاتب امراة بغير اذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق وكذا الماذون له في التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولا الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئ بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة او الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم في كل من بل يجوز ان يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء



يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال الا يرى ان العارية والهدية اليسيين
والضيافة اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد ماذونا له فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة ه
وان كانت هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شي ولا من الكسب فلا يتناوله
الاذن ولا عقد الكتابة فيتاخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى والله اعلم **فصل**

قال رحمه الله **واذا ولدت مكاتبة من سيدها فهي بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها او عجزت وهي ام ولده** لانها لما ولدت من مولاها صارت
ام ولده فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة واجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار ايهما شاءت ونسب ولدها ثابت
بالدعوى ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة
لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه ه
بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له ان يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما بيناه في النكاح فلا
حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق اولادها لانهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها واذا مضت على الكتابة اخذت
عقرها من سيدها لكونها احق بنفسها واكسابها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل
الا ليسلم لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى لم ترض بتسليمه له او لورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت
وتركت مالا تؤدي كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في اخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه
حر وان ولدت ولدا اخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطيها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم
يحرم على المولى وطيها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا اعجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير
دعوة الا اذا نفاه صريحا كساير اولاد امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة
لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها **قال**
وان كاتب ام ولده او مدبره صح لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة
يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المال وام الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا
ورقبة فتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما ملكه المكاتب في الحال والمال وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل
ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند ابي حنيفة فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص **قال** **وعتقت مجانا بموته** اي
عتقت بموت المولى بغير شي يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد ه
الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع
من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى في حال حياته ولين انفسخت الكتابة في حق نفسها بقيت في حق الاولاد
والاكساب لان الفسخ للنظر لها والنظر لها في بقاء الكتابة ليتبعها اولادها في العتق ويسلم لها اكسابها فيجعل كانها عتقت
بالايفاء في حق الاولاد والاكساب ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان للتبع حكم
المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذي بينا وهو ان تنفسخ الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى في حق غيره من
الاحكام نظرا لها ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء يتقرر ولا يبطل
قال **وسعى المدبر في ثلثي قيمته او كل البدل بموته فقيرا** اي لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين
ان يسعى في ثلثي قيمته او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يسعى في الاقل منهما وقال محمد يسعى
في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة والخلاف في موضعين الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد
في نفي الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدم التجزي فعنده لما كان متجزيا بقي ما ورا الثلث عبدا وبقيت
الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة موجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين

في التخيير

وفي التخيير فايدة لجواز ان يكون اداء الاكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر اداء لكونه حالا فكان في التخيير فايدة
وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان
لاجل الكتابة وقد بقي عليه اصل الدين غير موجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق
بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله
عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا او وجب عليه ثلثا القيمة
بالتدبير حالا فيلزمه اقلهما من غير تخيير اذ لا فايدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد فصار نظير ما لو اعتق
عبدا على الف او الفين فانه يلزمه الاقل بلا اختيار بالاتفاق فكذا هذا والعرو لابي حنيفة ان البدلين حال في مسئلة
اليمين وهما من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فايدة في التخيير وفيما نحن فيه احدهما موجل فيفيد التخيير على
ما بينا واما الكلام في المقدار فعندهما رحمهما الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة شي وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان
الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازايه من البدل الا يرى انه لو عتق كله
بالتدبير بان كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا اعتق ثلثه به وجب ان يسقط ثلثه اعتبارا للجزء
بالكل ولهذا لو ادى كل البدل في حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير او لم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله ه
بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتاخر التدبير ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى
ما يصح كرجل طلق امراته طلقتين ثم طلقها ثلثا بالف لزم الالف كله مقابلا بما بقي وهي الطلقة وهذا لان موجب الكتابة
ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل مقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته
لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شي من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه ضرورة واذا
ثبت ان بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شي منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شي منه من بدل
الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شي من رقبته عند الكتابة فاذا
عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة بقدره اما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ه
وما لية الثلث قد سقطت حتى لو اتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس
هذا كما اذا ادى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا الا يرى ان ام الولد اذا كاتبها ثم
مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة اخرى فكانت نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو ادت
البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حياته **قال** **وان دبر مكاتبه صح**
لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت هذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال ان
يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة **قال**
وان عجز بقي مدبرا لوجود السبب الموجب له **قال** **والا سعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل بموته معسرا**
فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته وبين ان يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يسعى في الاقل منهما ه
فالخلاف مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه اما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة
اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاذا اعتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف
ما اذا تقدم التدبير لانه سلم بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا **قال**
وان اعتق مكاتبه عتق لان ملكه قايم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق **قال** **وسقط بدل الكتابة** لانه التزمه لتحصيل
العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت
لازمة من جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه

بلا عوض وبسلامة اكسابه لان الكتابة تنفسخ في سقوط البدل خاصة وتبقي في حق عين علي ما بيناه نفعا محضا قال
وان كاتبه علي الف موجل فصالحه علي نصف حال جاز والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر علي الادا
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتي لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه
دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الادا ولانه شرع مع المنا في اذ الاصل ان لا يجري هذا العقد بين المولي وعبده اذ العبد
وما في يده لمولاه والاجل ايضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا تعتبر بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه
فكان ربا الاجل فيه شبهة ولان الصلح امكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد علي خمس ماية حالة قال
واذا كاتب المريض عبده علي الفين الي سنة وقيمته الف ولم تجز الورثة ادي ثلثي البدل حالا والباقي الي اجله او رد رقيقا
معناه ان مريضا كاتب عبده علي الفين الي سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولي ولا مال له غيره فانه يودي ثلثي الالفين
حالا والباقي الي اجله او يرد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد يودي ثلثي الالف حالا
والباقي الي اجله او يرد رقيقا لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه علي قيمته فكان له ان يوخر الزيادة وهي الف درهم بالطريق
الاولي فصار كما اذا خالع المريض امراته علي الف الي سنة وان لم يكن له مال اخر وصار كله موجلا لان له ان يطلقها بدون المال
ولهما ان ما زاد علي ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من ان لا يملكه اصلا فاذا ملكه موجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما ان جميع
المسمي بدل الرقبة حتي اجري عليه احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمي كله
فيما اذا باع ما يساوي الفا بالفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معني فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل واصله ان المريض اذا باع
دارا قيمتها الف بثلثة الاف الي سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل بثلثي جميع
الثمن والثلث عليك الي اجله والا فانقض البيع وعنده يقال له اما ان تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك الي اجله والا فانقض البيع وحاصله
ان المحاباة بالاجل تعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض من حيث ان الوارث يصير ممنوعا عن
المال بسبب التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل انه تجب
فيه احكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد علي القيمة يصح من راس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث قال وان كاتبه علي
الف الي سنة وقيمته الفان ولم يجيزوا ادي ثلثي القيمة حالا او رد رقيقا وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصل في القدر والتاخير
فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسلة وبين الاولي ان الزيادة علي القيمة كانت حق المريض في الاولي حتي كان يملك اسقاطها
وهنا وقعت الكتابة علي اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد علي ثلث قيمته ولا تاجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولي
قال حر كاتب عن عبد بالف وادي عتق وان قبل العبد فهو مكاتب وصورة المسلة ان يقول حر لمولي العبد كاتب
عبدك فلانا علي الف درهم علي اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولي علي هذا الشرط وقبل الرجل ثم ادي الفا فانه يعتق
لان عتقه تعلق بادايه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد
فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة علي اجازته وقبوله فصار اجازته في الانتها كقبوله في الابتدا لو قبل في الابتدا وكله
به كان ينفذ فكذا اذا اجاز ولو قال العبد لا اقبله فادي عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده ولو ضمن
الرجل لم يلزمه شي لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل علي اني ان اديت اليك فهو حر فادي لا يعتق قياسا لان العقد موقوف
والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند ادا المشروط
موقوفة فيما يرجع الي وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وقيل هذه هي صورة مسلة الكتاب ولو
ادي الحر البدل عنه لا يرجع علي العبد لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع باداء الثمن

المشتري

عن المشتري وقيل يرجع علي المولي ويسترد ما اداه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب الا يري انه لو ضمن المال
في الكتابة الصحيحة فادي يرجع بما ادي فهنا اولي وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به بحصول العتق له فتم اداؤه هذا اذا
ادي عنه بدل الكتابة كله وان ادي عنه بعضه فله ان يرجع سوا ادي بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق
فكان حكم الادا موقوفا فيرجع كما اذا تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترد من البايع لهذا المعني بخلاف ما اذا قبل العبد
بنفسه الكتابة ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهو براة ذمة العبد بقدر من البدل
وهنا لم يكن في ذمة العبد شي حتي يبرا بادايه وكذا لو اداه قبل اجازة العبد العقد ثم اجاز ليس له ان يرجع بما ادي سوا ادي
البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة نفذت من الابتدا فيكون الادا مبريا للكاتب عن بدل الكتابة فيحصل
مقصوده الا ان الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال وان كاتب الحاضر والغايب وقبل الحاضر صح اي كاتبهما المولي
ومعني المسلة ان يقول العبد الحاضر لسيده كاتبني عن نفسي وعن فلان الغايب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا
والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز في عبده لوجود الولاية عليه
دون عبد غيره لعدمه وجه الاستحسان ان المولي خاطب الحاضر قصدا وجعل الغايب تبعا له والكتابة علي هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة او المشتري فيها او المضموم اليها في العقد تبعا لها حتي يعتقوا باداها
وليس عليهم شي من البدل ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولي ينفرد به في حق الغايب فيجوز من غير توقف ولا قبول
من الغايب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال اذا اديته الي فلان حر فانه يصح من غير قبول الغايب فكذا هنا واذا امكن جعل
الغايب تبعا استغني عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغايب ولا يعتبر اجازة
الغايب ولا رده اذ لا يتوقف في حقه ولا يواخذ الغايب بالبدل ولا بشي منه لانه ليس عليه دين الكتابة اصلا ولو اكتسب شيا
ليس للمولي ان ياخذ من يده وليس له ان يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابراه المولي او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه
عليه ولو ابرا الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغايب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغايب دخل في العقد مقصودا
فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شي من البدل بعتقه لانه لم
يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشتري ولو اعتق الحاضر لم يعتق
الغايب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويودي الغايب حصته حالا والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقي
علي نجوم والدته اذا ماتت علي ما عرف في موضعه قال واي ادي عتقا اي ايهما ادي بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو ادا بدل الكتابة ويجبر المولي علي القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما اذا دفع الغايب فانه ينال
به شرف الحرية فيجبر المولي علي القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا ادي ولد المكاتب فانه يجبر علي القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن
اذا دفع الدين الي المرتهن فان المرتهن يجبر علي القبول لحاجته الي استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال ولا يرجع علي صاحبه
اي لا يرجع واحد منهما علي صاحبه الاخر بما ادي الي المولي من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضي دينا عليه فلا يرجع به علي غيره ولان
عتق معه لانه تبع له كما اذا ادي المكاتب البدل وعتق اولاده واباؤه فانه لا يرجع عليهم بشي وان عتقوا معه لكونهم اتباعا
واما الغايب فلانه ادي بغير امره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطلب نفعا مبتدا بخلاف معير الرهن اذا ادي الدين لاستخلاص
عينه فانه يرجع علي الراهن لانه مضطر من جهته قال ولا يوخذ غايب بشي اي لا يطالب المولي الغايب ببدل الكتابة لانه
لا دين عليه اذ لم يلتزم له شيا وانما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتب فانه لا يطالب بشي اذ ليس عليه دين ومع هذا
لو ادي البدل يجبر المولي علي القبول قال وقبوله لغو اي قبول الغايب لغو لا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد نفذت
وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتغير برده كمن كفل بدين عن غيره بغير امره فبلغه فاجازته باطلة ولا يتغير
حكمه حتي لو ادي عنه لا يرجع عليه قال وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح واي ادي لم يرجع وهذا

استحسان والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسلة الاولى لان هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما ان الام او الاب
الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول الغايب في كتابة الحاضر وايهم ادى يجبر المولى على القبول
وقبول الاولاد الكتابة وردهم لا يعتبر ولو اعتق الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف الولد المولود في الكتابة
او المشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو اعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبوا
شيا ليس للمولى ان ياخذه ولا له ان يبيعهم ولو ابراهم عن الدين او وهبهم لا يصح ولها بيعهم فيعتق ويعتقون لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع
الغايب باب كتابة العبد المشترك قال رحمه الله عبد لهما اذن
احدهما لصاحبه ان يكاتب حظه بالف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا هو مكاتب بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده وعندهما لا تتجزى واصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزى ام لا
لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا وفي المال رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفايدة الاذن بالكتابة الا
يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن وفايدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن
للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب اخص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله
كرب الوديعة اذا اذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل وكذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء
فيعمل نهيه لانه تبرع لم يتم بعد وقلنا ذلك لان المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه احد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي
لم يكاتب لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا اذن للمكاتب ان يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء دينه به فلهذا كان المقبوض
للقابض وان عجز المكاتب ولا يرجع الاذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد
والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق او هلك قبل القبض وانفسخ البيع او تبرع بقضاء
مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المراة حيث يرجع المتبرع بالثمن والمهر لان ذمة البايع والمراة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما ٥
فامكن الرجوع ولو كان الشريك الاذن مريضا وادى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه قبله صح من الثلث لانه ٥
تبرع بعين مال وفي الاول بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا تعتبر من الثلث بل تنفذ من جميع المال بخلاف
العين وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة
ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن ٥
شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يؤدي بدل الكتابة دفعا
للضرر عن نفسه بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول الى ذلك بخلاف
العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو ادى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند ابي حنيفة لان العتق يتجزى
عنده وللساكت ان ياخذ من الذي كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالف له ٥
يرجع على المكاتب بشي مما اخذ منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بالف رجع على المكاتب بما اخذ شريكه
لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا نصفه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا
والا على العبد كما لو اعتقه وله ان ياخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بماية دينار بعد الاول
صار مكاتبا لهما اما عنده فظاهر لان نصيبه لم يكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزى عنده فنفذ كتابة كل واحد منهما
واما عندهما فلان الساكت كان له ان يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وايهما قبض شيا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه
في ذلك ويتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولا لهما عندهم وان قدم احدهما
صار كما لو كاتبها حر فاعتق احدهما يعتق نصفه عند ابي حنيفة ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيخيره ٥
الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق والاستسعا ان كان المعتق موسرا وبين الاستسعا والاعتاق ان كان معسرا وعند ابي

يعتق

يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعي العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة
في اليسار وفي الاعسار سعى في ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق باداء نصيب احدهما اليه ويعتق باعتاقه وابرائه وهبته
نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسلة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفا نصيبه لم يبرا الا
لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر قال امة بينهما كاتباها فوطيها
احدهما فولدت فادعاه ثم وطيها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي ام ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها
وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه واي دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد للاول
وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند ابي يوسف وعند محمد الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت
نسب الولد الاخير من الاخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة
فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى واستيلاد القنة لا يتجزى بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزى بالاجماع فاذا عرفنا هذا فنقول اذا
ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها ولد في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له ولم يتملك
نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا على حاله وقالا يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها ام ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما امكن الا ترى
انه لو استولد امة مشتركة تصير كلها ام ولد للمستولد لامكان التكميل بالتمليك لكونها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ
والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التملك وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
وتبقى فيما وراه ولهذا لا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذ ٥
التدبير يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لانا نقول في انفساخها ضرر ببطلان حقها في
الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة
بين اثنين اذا استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد على نصيبه والكتابة لازمة كالتدبير فلا يقبل النقل من ملك الى
ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد اخر وادعاه الاخر فقد ادعى نسب ولد امة بعضها
ملك له فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كان الكتابة لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المقتضي
للتكميل قايم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبايع اذا اسقط الخيار
ثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للاخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه امة مشتركة ٥
ويضمن شريكه كل عقرها وقيمة الولد والولد حر بالقيمة لان الاخر بمنزلة المغرور لانه وطيها على ظن انها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان
الكتابة انه لا ملك له وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطي ام ولد الغير فلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة
جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما هي ام ولد الاول تكميلا للاستيلاد لان الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها ام ولد له فوطي الثاني
صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لان الوطي في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر او
الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال ابو منصور الماتريدي رحمه الله اذا بقيت الكتابة عندهما صارت كلها ٥
مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور
على انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي الكل للاول كما كان ٥
والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بنفسها وبابدال منافعها ولو عجزت ردت في الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه بها
ثم قال ابو يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان او معسرا لانه ضمان
التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب
الاقل قال وان دبر الثاني ولم يطاها فعجزت بطل التدبير وهذا بالاجماع اما عندهما فلان المستولد ملكها قبل العجز ٥

لانه لو ادى يعتق على اولاده

قبول الاولاد الكتابة وردهم لا يعتبر

ملحق صوابه علي خط المصنف

ثابت بالاذن انه اذن للعبد المشترك

رب الوديعة ... يكون متبرعا ... لا يرجع

الشريك الاذن اذا كان مريضا ... من الثلث ... جميع المال

لو كاتبه بغير اذن شريكه

لو كاتبه الساكت بعد الاول

استيلاد القنة لا يتجزى والمدبرة يتجزى بالاجماع

استيلاد امة مشتركة تصير كلها ام ولد للمستولد

الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور

واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها ام ولد للاول وانه لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك
من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى
امة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا وهي ام ولد للاول
لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للامكان قال ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا
قال ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال والولد للاول
لان دعواه قد صحت على ما مر وهو الكل بالاجماع قال وان كانت لهما فحررها احدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها
ورجع به عليها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا واصله ان الاعتاق لا يتجزى
عندهما والكتابة لا تمنع العتق فتعتق كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها
لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن اصل ابي حنيفة ان العتق يتجزى لجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر
الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما اوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده يؤثر في جعل الباقي
كالمكاتب وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور اثر الاعتاق فيها فاذا
عجزت ظهر اثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في العتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله ان يعتق وان شاء استسعى
العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان للمعتق ان يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسرا كان
له خيار العتق او الاستسعاء على ما بينا في العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبرا المكاتبة او استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد — لو دبر المكاتبة او استولدها
والتدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزيان عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير
والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا
بقاء فينفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر اثرها فيضمن قيمتها موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك وعندهما
لا يتجزيان فصارت كلها ام ولد له او مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تنفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا
تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن
العقر في الاستيلاد قال عبد لهما دبره احدهما ثم حرره الآخر للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره احدهما
ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد — التدبير يتجزى عنده
به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين
والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم
قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله — قيمة المدبر
والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا
غصب مدبرا وابق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يتملكه فكذا هذا وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلاث
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف
ومحمد اذا دبره احدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف
قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان
اعتقه احدهما اولا فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادفه التدبير الملك وهو يعتمده
ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما — بلغ مقابلة على اصل المصنف

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة ايام

نظرا

التنبيه هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار — الاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر

الكتابة تحتمل الفسخ بالتراضي بلا عذر

اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض له فسخ

الكتابة تتم بقبض المولى البدل

نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم والمدين للقضاء فلا يزاد عليه قال
والا عجزه وفسخها او سيده برضاه يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلاثة ايام فسخ القاضي الكتابة او فسخ المولى
برضا المكاتب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله
عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد ارفاق حتى كان التاجيل
فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ
للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من امهال مدة فكان ما اتفقا عليه اولى ولهما ما روي عن ابن عمر
رضي الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء
النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم
الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع
ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كانه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه نقول له اما ان تؤدي المال حالا
والا رددت في الرق فكذا هذا والمروي عن علي رضي الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت
الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتاخير الى ثلاثة ايام انما كان لاجل
امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور
على ان يكون من باب التعجيل دون التاخير نظرا لهما واظهار للعذر اذ هي مدة ضربت لاظهار الاعذار كما في شرط الخيار وفي
قصص الاخبار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين للقضاء فانه اذا استمهل ثلاثا يمهل
وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله او سيده
برضاه يعني او يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر اولى وان لم يرض به العبد
فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا
يشترط رضا المكاتب كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك
وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا يتم فيفسخه مستبدا به اذا فات غرضه كما يستبد المشتري
بالفسخ بالعيب قبل القبض فلما العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بد من القضاء او الرضا
قال وعاد احكام الرق اي اذا عجز عاد الى احكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة
فلا يبقى بدون العقد قال وما في يده لسيده لانه ظهر انه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه او على المولى على
تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال وان مات وله مال لم تنفسخ وتؤدى
كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته وكذا الحكم بعتق اولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود
رضي الله عنه وبه اخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وبه اخذ
الشافعي رحمه الله له ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان
يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه
ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور في الميت بخلاف
ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد لان المولى
يصلح ان يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده الا ترى ان المولى اذا قال انت حر بعد موتي يصح ولو قال
لعبده انت حر بعد موتك لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده لان الشيء يثبت ثم يستند
ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق

بعد موته فيعتق لكون الميت اهلا له على ما بينا انفا ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت احد المتعاقدين وهو
المولى فلا تنفسخ بموت الاخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين المتعاقدين فاذا جاز بقا
العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولا وغيره جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية
بل اولى لان الذي استحقه المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن ادا البدل بطل والذي استحقه المكاتب
قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت ابقى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز
والمالكية عبارة عن القدرة والموت انفى للقدرة منه للعجز فاذا ابقى العقد مع اقوى المنافيين فمع ادناهما اولى
الا يرى ان مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن على مولاه فكذا هنا ابقي المملوكية لحاجته
وهي اشرف بل اولى لما فيها من التعدي الى الاتباع كالاولاد وامهاتهم او نقول للمكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد في
مكاسبه وبها يتمكن من ادا الكتابة فيبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكر
من التقرير قلنا انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا يقدر الميت
حيا في حق ما يحتاج اليه من امواله كتجهيز وقضا دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور انه يعتق في اخر جز من اجزا حياته اما لان سبب
الادا موجود قبل الموت فيستند الادا اليه فيكون ادا خلفه كادائه بنفسه فان قيل الادا فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام
الشرعية قلنا نعم لكن فعل النايب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية الا يرى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيبه ثم
اصابه صار ما لا له حتى يورث عنه والميت ليس باهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه
وهو ليس باهل له تثبت الملك من حين الامكان وهو اخر جز من اجزا حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق
موقوف على الادا والادا جاير بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق ما يمكن اثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة حكمنا بعتقه
في اخر جز من اجزا حياته واما بان نقام التركة الموجود منه في اخر جز من اجزا حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الادا
المستحق عليه قال — وان ترك ولدا ولد في كتابته لا وفا سعى في كتابته على نجومها واذا ادى حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته
لان الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الادا وصار اداوه كادا ابيه فجعل كانه ترك وفا مع الولد وفي الكتاب
لو كاتب امته على انه بالخيار ثلثا فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد يبقى خيار وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وله ان يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في اخر جز من اجزا حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان
وعند محمد تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتب وامه
لم تصر مكاتبة ولهما ان في ابقا العقد فيه فايدة بان يجيز المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام بنفاذه في حق الولد
ثم يستند الى وقت الانعقاد قال — ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل او رد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يوديه على نجومه لانه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه
كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف ساير اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجل يثبت بالشرط
في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه
منفصلا عند وقت الكتابة وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل واعطى من ساعته صار كانه مات عن وفا
بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه ما وجد بعد المكاتبة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد
الكتابة من امراة له امة ينبغي ان يدخل في كتابته لانه من مايه بعد الكتابة قال — وان اشترى ابنه فمات وترك وفا
ورثه ابنه لانه لما ادى بدل الكتابة حكم بعتقه في اخر جز من اجزا حياته فيتبعه ولده في ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر انه مات
حرا عن ابن حر قال — وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة يعني يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق
احدهما في وقت حكم بعتق الاخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب

يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من امواله

ح‍

تبدل الملك كتبدل العين — الولا كالنسب — النسب لا يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب — ولهذا الولا

قد يقضى بموجب الجناية على غير من وجب عليه

بيع العروض من الحفظ

قوله لا يرثانه اي لا يرث المولود في الكتابة والمكاتب معه بعقد واحد هو الاخ

وترك ثلثة اولاد حرا ومولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ووصيا يرثه اولاده لما ذكرنا ويملك الوصي
بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير
ولو مات الحر قبل ادا الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاسناد في حقه قال —
ولو ترك ولدا من حرة ودينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضا بعجز المكاتب وان اختصم
موالي الام وموالي الاب في ولايته فقضي به لموالي الام فقد عجز والفرق ان القضا بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم
الكتابة لان من قضية قيام الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين ه
لا يحكم بعتقه الا عند ادا بدل الكتابة فكانت جنايته عليهم فاذا قضى بها القاضي عليهم كان القضا تقريرا للكتابة فتبقى
الكتابة على حالها فاذا ادي بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولا في جانب الاب فيتحول اليه ولان لان
الولا كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه
بان اكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولا واما اذا كانت الخصومة في نفس الولا فان القاضي يقضي
بكون الولا لموالي الام اذ الخصومة وقعت في الولا ومن ضرورته القضا بفسخ الكتابة لان الولا لا يكون من جانب
الام الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالادا
وفرق اخر ان القضا بموجب الجناية على موالي الام لا يلزم منه القضا بفسخ الكتابة لانه قد يقضى بموجب الجناية على
غير من وجب عليه كالكفيل والقضا بالولا لموالي الام يتضمن القضا بفسخ الكتابة اذ لا يمكن ان يجتمع عليه الولا ان
لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا ادى بدل الكتابة فاذا صار حرا في اخر حياته انتقل ولا الولد اليه وانتقض
القضا وهو يجب صيانته عن النقض فلا ينفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد لموالي الام كالحكم
بالولا لهم حتى ينفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفا فاديت الكتابة او عن ولد فاداها
واما اذا مات لا عن وفا ولا عن ولد فاختلفوا في بقا الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة
عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضا بالفسخ جاز
ويحكم بعتقه في اخر حياته قال — وما ادى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده لان الملك قد تبدل وتبدل
الملك كتبدل العين فصار كعين اخر واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا
هدية قال ذلك حين اهدت اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة اخذها يطيب ذلك لوارثه الغني
لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما اخذ من الزكاة حالة الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ الصدقة
ثم وصل الى ماله وفي يده الصدقة حل له لان المحرم على الغني ابتدا الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير ضرورة
فاذا اخذ في حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو اباح الفقير للغني والهاشمي
عين ما اخذ من الزكاة لا تحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشتري اذا اشترى شرا فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو
ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الادا الى المولى يطيب للمولى عند محمد بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز يملك
المولى ما في يده ملكا مبتدا حتى تنتقض اجارته وعند ابي يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى اكسابه
ملكا مبتدا وانما كان له فيه نوع ملك فيتاكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا ينتقض اجارة المكاتب عنده
بالعجز كما في العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لما ذكرنا ان المحرم هو ابتدا الاخذ وانما ابيح
للحاجة وحرم على الغني لانه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن اوساخ ه
الناس ولم يوجد من المولى الاخذ فصار كابن سبيل وصل الى ماله او فقير استغنى وفي يده ما اخذ من الصدقة
فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال — وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها اي بالجناية فعجز

اختلفوا في بقاء الكتابة اذا مات المكاتب لا عن وفاء ولا عن ولد

قوله قال ذلك حين ... بريرة ... الصدقة ...

لو اباح الفقير للغني او الهاشمي عين ما اخذ من الزكاة لا تحل

جناية المدبر وام الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش

بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى

وانما يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش قال في المبسوط اذا جنى المكاتب جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية وهو رواية الكرخي وقول صاحب الهداية من الرقبة الى القيمة وقول الزيلعي من العبد الى القيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو يخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي وما في المبسوط كما نبه عليه في الغاية الاكملية فليتدبر هـ

دفع او فدى يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفدا بالمكاتبة من غير علم ولكن امتنع الدفع بفعله من غير ان يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا اعتقه او دبره او استولد الجارية او باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا ان المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفدا على الفاعلة قال وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض فعجز يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفدا على ما عرف في موضعه وقبل ان يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب الا يرى ان جناية المدبر وام الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما انه احق بكسبها قال فان قضي به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه اي ان قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضا وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول ابي يوسف اولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يكون موجبه القيمة ولا تتغير كجناية المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضا او بالصلح عن الرضا او بالموت عن الوفا وهو نظير المغصوب اذا ابق لا يجب عليه القيمة الا بالقضا حتى اذا رجع قبل القضا يكون لمولاه وان رجع بعد القضا يكون للغاصب وكذا المبيع اذا ابق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضا وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع اذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وام الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال ويؤدي المال الى ورثته على نجومه لان النجوم حقه لانه اجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل في الدين بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهي عين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث وقد ذكرناه ولا خلاف فيه من قبل قال وان حرروه عتق اي لو اعتقه جميع الورثة عتق والقياس ان لا يعتق لانهم لم يملكوه لان المكاتب لا يقبل الانتقال بساير الاسباب فكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولا فيه ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابرا اقتضا او اقرارا بالاستيفا منه فتبرا ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا ابراه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط ان يعتقوه في مجلس واحد حتى لو اعتقه بعضهم في مجلس واعتقه الاخرون في مجلس اخر لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الاول قال وان حرره بعض لم ينفذ عتقه اي لو اعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شي لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن ادم ولا يمكن ان يجعل ابرا ولا اقرارا بالاستيفا لان ابرا البعض او استيفاه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فبطل المقتضي وهو الاعتاق ولا ابرا من الدين ايضا لان البراة لم تثبت الا اقتضا فاذا بطل المقتضي للابرا بطل المقتضى ايضا لانه لم يثبت الا به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الجميع لانه امكن ان يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابرا عن جميع البدل او الاقرار بالاستيفا للكل الا يرى انه لو ابرؤوه جميعا او اقروا بالاستيفا عتق ولو ابراه بعضهم او اقر باستيفا نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير امرهم لا يعتق الا اذا اجازوا قبضه او قبضه بامرهم لانه اذا قبضه بغير امرهم لم يبرا عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم ان يطالبوا المكاتب به ولو كان للمولى وصي وعليه دين مستغرق او لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سوا كان عليه دين او لم يكن ويعتق بقبض الغرما ولو اوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه اوصل الحق الى

مستحقه

قال عبده سايبة اي معتق لا ولاء بينه وبين معتقه كذا في النهاية هـ

بلغ مقابلة على خط مولفه

مستحقه والله اعلم كتاب الولاء قال رحمه الله هو من الولي بمعنى القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة هذا في اللغة يقال ولي الشي الشي اذا حصل الثاني بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه السلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى وقال في النهاية سمي ولا العتاقة والموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل او من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولا العتاقة وولا الموالاة وهو في الشرع عبارة عن التناصر بولا العتاقة او بولا الموالاة ومن اثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولا الاعتاق عند الجمهور لقوله عليه السلام الولا لمن اعتق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولا العتاقة ولا يقال ولا الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافي ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال الولا لمن اعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحيا نحو القضا والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت احكام الاحيا به كالاحيا بالايلاد فيرث به كما يرث الاب من ولده ولهذا اسمي ولا نعمة لانه انعم عليه حيث احياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالهدي وانعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب ان يرثه لان الغنم بالغرم والمراة في هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام ليس للنسا من الولا شي الا ما اعتقن الحديث وروي ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها ومات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه الاخر لبنت حمزة ولانها احيته حكما فترثه كالرجل ولو اعتق في دار الحرب وخلاه لا ولا له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه وعند ابي يوسف يثبت له الولا ويرثه ذكره في الكافي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا انه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرايه واعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل الوصي اليه وكذا يعتق مدبروه وامهات اولاده بعد موته ولاؤه له قال وشرط السايبة لغو اي لو اعتق المولى عبده وشرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرثه قال ولو اعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولا الحمل عن مولى الام ابدا لان الجنين عتق بعتق امه وعتقت امه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى اوقع الاعتاق على جميع اجزائها مقصودا فيكون للجنين والولا لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة اشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر منه وبينهما اقل من ستة اشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توامان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الاخر الاعتاق ايضا ضرورة فصار معتقا لهما والولا لا ينتقل من المعتق قال فان ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية الا يرى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولا عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال فان عتق العبد وهو الاب جر ولا ابنه الى مواليه لان موالي الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا عتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى من جعله تبعا للام لان الولا كالنسب قال عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب والنسب الى الابا فكذا الولا فينتقل الى مولى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة فجات بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت

العراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة العلوق الى ما قبل العتق بل قبل
الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق مقصودا فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل في جر الولاء ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولاء وما
روي ان الزبير ابصر فتية لعسا فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من
جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصماه
الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل ابيه
فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم
على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة فان اعتق
الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل
عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من
وقت الاكذاب اذ لا يتصور ان يكون الانسان ولدا لشخص في وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولدا لغيره
وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين ان عقله كان على قوم ابيه وقد اجبر قوم الام على الاداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء
حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا
يرجعون به قال وعجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة اي وان كان للاب
ولاء المعاقدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حكم الولد حكم ابيه في الوجهين اي فيما اذا والى
احدا وفيما اذا لم يوال ولا يكون ولاء الولد لمولى الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى فكذا
الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب الى امه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك فينسب الى قوم
امه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا اب له وكما اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم ابيه دون قوم
امه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية او معتقة وكعربي تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه
دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما ان ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال
عليه السلام مولى القوم منهم والنسب في حق العجمي ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيما بينهم اذ
لا يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين واليه اشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله
عنه حين قيل له سلمان بن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه
كالعبد وكذا اذا كان للاب مولى موالاة لان الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه
وكذا حريتهم ضعيفة الا يرى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به
نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية لان اولاده منها لو نسبوا الى قوم امهم لنسبوا اليهم بالنسب
والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر الا يرى انهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم واولاد المعتقة
ينسبون الى قوم امهم وهو عصبتهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق
المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين ان يكون المعتق
من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا وثمرة
الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة معتقها كان المال
لمعتق امه او عصبته وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب
عربيا واجمعوا على انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى موالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد

الاصيل في جر الولاء

ولاء المعاقدة

اعتبار الكفاءة في ولاء العتاقة

عندهما

بنى

قول الصحابة الولاء للكبر

ما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم عليه
بل يخلفه عند عدمه قال الخصم وليس
مسلم عندنا

تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين او عجميين او كان احدهما عجميا والاخر عربيا قال والمعتق مقدم على
ذوي الارحام مؤخر عن العصبة النسبية وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو اخر العصبات وهو
قول علي رضي الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوي الارحام لقوله تعالى
واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقال عليه السلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت انت
عصبته شرط لارثه ان لا يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث
فوجب تاخيره عن الكل وكذا قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء
لا يزاحمه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة انه عليه السلام جعل لها النصف الباقي بعد
فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك ان المراد بقوله عليه السلام ولم يدع
وارثا وارث هو عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه السلام كنت انت عصبته يدل عليه لان العصبة هو الذي ياخذ
ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان
مؤخرا فلا يرد علينا ما ذكره من الايراد من حيث المزاحمة للوارث على انا لا نسلم ان التشبيه يوجب التاخير والتقدم
بل يثبت المماثلة بينهما ليس الا فكان الاقرب ان يشاركه في الارث لان المماثلة توجبه والا فليس تمثيل لذلك لكن اخرناه
عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على
من يتقدم عليه ويتاخر عمن يتاخر عنه العصبة قال رحمه الله فان مات المولى ثم المعتق فارثه لاقرب عصبة
المولى وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ليس للنساء من الولاء شيء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او
دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للمعتق حصل من جهتها فكانت
محيية له فينسب المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي اعتقته وينسب اليها من ينسب الى
معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد وانما ينسب الى الاب لانه المالك وصاحب
الفراش والمراة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة والنسب في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي الرجل فيه وفي ولاء العتاقة
النسب بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه لما انها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب
الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم اثبت هذا الولاء للنساء فيما اعتقن لما ذكرنا من المعقول والمنقول
ونفاه عنهن في من اعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن اعتقه مورثهن لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما يثبت
للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق ممن يتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث
الا يرى ان النساء لا يدخلن في العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة
يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك ابا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو
ترك جد مولاه واخا مولاه كان الولاء للجد لانه اقرب في العصوبة وفي الاول خلاف ابي يوسف فانه يعطي للاب السدس
والباقي للابن وفي الثاني خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسئلة معروفة وكذا الولاء لابن المعتقة دون اخيها
وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية معتقها كجنايتها فيكون عليهم وروي ان علي بن ابي طالب والزبير بن
العوام اختصما الى عثمان في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي هو مولى عمتي فانا احق بارثه لاني اعقل
عنها وعنه وقال الزبير هو مولى امي فانا ارثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء للزبير وبالعقل على علي ولو
ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر
وعلي وابن مسعود انهم قالوا الولاء للكبر اي للاكبر من اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا ولو مات

المعتق اخر العصبات

اي خاطب المعتق في حق معتقه
ومقول القول هو قوله وان مات
ولم يدع الخ

ولاء العتاقة تعصيب

المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شي لبنت المعتق في ظاهر رواية اصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا
كانوا يفتون بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الي الميت فكانت اولي من بيت المال الا يري انها
لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في زماننا بيت المال ولو دفع الي السلطان او الي القاضي لا يصرفه الي المستحق
ظاهرا وعلي هذا ما فضل عن فرض احد الزوجين يرد عليه لانه اقرب الناس اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن
والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك اقرب منهما ذكر هذه المسايل في النهاية والذميون يتوارثون
بالولا كالمسلمين لانه احد اسباب الارث **فصل** قال **واذا اسلم رجل علي يد رجل ووالاه علي ان يرثه ويعقل عنه او اسلم علي يد غيره ووالاه فالولا صحيح وعقله علي مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولي وان كان له وارث فهو اولي منه**
وقال مالك والشافعي لا اعتبار بهذا الولا اصلا لقوله تعالي واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض في كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة
لقوله تعالي والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ولقوله عليه السلام لا حلف في الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال
ولهذا لا يصح في حق وارث اخر وقال ليث بن سعد من اسلم علي يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه السلام حين سيل عن الرجل يسلم
علي يد الرجل هو اولي الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين ان يوجد منه موالاة اخري او لم يوجد وقال يحيي بن سعيد اذا جا
رجل من ارض العدو فاسلم علي يد رجل فان ولاه لمن والاه ومن اسلم من اهل الذمة علي يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي
سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالمعتق ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن ايمة
التفسير وما رواه ليث يحمل علي ما اذا اجددوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الاية وبين اقوال الصحابة رضي
الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلاف ذلك
فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شا اذ ليس فيه ابطال حق احد معين وبيت المال ليس
بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضايع ليتصرف فيه الامام اذا لم يكن لصاحبه ان يتصرف فيه لانه نصب ناظرا
للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولي من تصرف الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الاية منسوخة بقوله
واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض قلنا الذي ورد انها منسوخة في حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه بالبعض علي اولي
الارحام فنسخ ذلك التقديم وفي الاية اشارة اليه حيث قال اولي ببعض وكونهم اولي منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم
الا يري ان الاولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما في العصبة ثم عند عدم من هو اولي لا يوجب سقوط الاخر وما تمسكوا
به من قوله عليه السلام لا حلف في الاسلام المراد به الحلف الذي كانوا يتعاقدون عليه في الجاهلية من قولهم هدمي هدمك ودمي
دمك ترثني وارثك فكان ذلك للتناصر علي الحق والباطل والتقدم به بالارث علي القريب فحظر الاسلام التناصر علي الباطل واوجب
التعاون علي البر والتقوي وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان عقد العقد
يقع علي ذلك فلا بد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان كالاخوة ولا العتاقة حيث لا يرث
الا الاعلي ومن شرطه ان يكون مجهول النسب وان لا يكون عليه ولا عتاقة ولا ولا موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا عاقلا
وحكمه ان يثبت به الارث اذا مات وان يعقل عنه اذا جني ويدخل فيه اولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد
مع الصغير او مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولي وعند بعضهم لا يشترط ان يكون مجهول النسب ويشترط ان لا يكون الاسفل عربيا
لان تناصر العرب بالقبايل فاغني عن الموالاة وكونه اسلم علي يديه ليس بشرط لصحة هذا العقد قال **وله ان ينتقل عنه الي غيره بمحضر من الاخر ما لم يعقل عنه** لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه بعلم صاحبه
وان كان الاخر غايبا لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعري عن ضرر لانه ربما
يموت الاسفل فياخذ الاعلي ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه او يعتق الاسفل عبيدا علي حسبان ان عقل عبيده علي المولي الاعلي
فيجب عليه وجوه فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الاخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من

الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان
الولا كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمراة في هذا كالرجل لانها من اهل التصرف وقوله ما لم
يعقل عنه ليس له ان يتحول الي غيره لتاكده بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود ولاتصال القضا به ولان ولاية التحول قبل
ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا
يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن ابيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول الي غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولا
قال **وليس للمعتق ان يوالي احدا** لان ولا العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق
فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان الارث بولا العتاقة مقدم علي الارث بولا الموالاة الا يري ان شخصا لو مات وترك مولي
اعتقه ومولي موالاة كان المال للمعتق قال **ولو والت امراة فولدت تبعها فيه** يعني ولدت ولدا لا يعرف له اب وكذا
لو اقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له اب صح اقرارها علي نفسها وتبعها ولدها ويصيران مولي فلان وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يتبعها ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله فان لا يكون لها في نفسه اولي ولابي حنيفة ان الولا كالنسب وهو نفع
محض في حق الصغير الذي لم يدر له اب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقر له في الولا اصلا و
قال لا بل والبنتي فان المقر لغيره بالولا لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كان لم
يوجد فكان له ان يتحول الي غيره وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن شهد علي رجل بنسب فردت شهادته ثم
ادعي الشاهد انه ولده لا يصح فكذا هذا

كتاب الاكراه قال **هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا** وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معني يصير به
مدفوعا الي الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حمل المكره علي امر يكرهه يقال اكرهته علي كذا اي حملته عليه
وهو كاره وشرطه ان يكون المكره قادرا علي ايقاع ما هدده به وان يغلب علي ظن المكره ان يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه
اذا حصل به الاتلاف ان ينتقل الفعل الي المكره فيما يصلح ان يكون المكره آلة للمكره فيجعل كانه فعله بنفسه علي ما يجي تفاصيله والاكراه
نوعان ملجي وغير ملجي فالملجي هو الكامل وهو ان يكرهه بما يخاف علي نفسه او علي عضو من اعضايه فانه يعدم الرضا ويوجب
الالجا ويفسد الاختيار وغير الملجي قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف علي نفسه ولا علي تلف عضو من اعضايه كالاكراه بالضرب
الشديد او القيد او الحبس فانه يعدم الرضي ولا يوجب الالجا ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يوثر الا في تصرف
يحتاج فيه الي الرضا كالبيع والاجارة والاقرار الا يري ان الهزل يوثر فيه لعدم الرضا حتي لا ينعقد معه فكذا مع الاكراه لانه ينعدم به
الرضا والاول يوثر في الكل فيضاف فعله الي المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال وان لم
يصلح ان يكون آلة له اقتصر الفعل علي المكره فيكون كانه فعله باختياره من غير اكراه احد وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم
بلسان غيره ولا ياكل بفم غيره فلا يكون مضافا الي غير المتكلم والآكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته
الآلة فيه حتي اذا اكرهه علي العتق يقع كانه اوقعه باختياره حتي يكون الولا له ويضاف الي المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه
بقيمته وكذا لو اكرهه علي الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بان كان قبل الدخول ولو اكره المراة علي قبول الطلاق بالمال
فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم ان الاكراه لا ينافي اهلية المكره ولا
يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلي والابتلا يحقق الخطاب والدليل عليه ان افعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة
ورخصة ويأثم تارة ويوجر اخري كساير افعال المكلفين في حالة الاختيار فيحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض
عليه ان يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه اكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به اجرا كلمة الكفر في تلك الحالة
واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية علي الاحرام وهذا دليل علي انه مخاطب قال **وشرط قدرة المكره علي تحقيق ما هدده به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوع ما هدده به** لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه

او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وذلك لا يتحقق الا من القادر وعند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه وما روي عن ابي حنيفة من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من ان القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فاجاب على ما شاهد وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهدا وبه يفتى اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة

قال فلو اكره على بيع او شرا او اقرار او اجارة بقتل او ضرب شديد او حبس مديد خير بين ان يمضي البيع او يفسخ لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فتفسد عند فوات الرضا بخلاف ما اذا اكره بحبس يوم او قيد يوم او ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر بذلك فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقد ربما يكون من الحبس اكراها ما يجي به الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالراي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى راي الامام لانه يختلف باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بادنى شي كالشرفا والرؤسا يتضررون بضربة سوط او بعرك اذنه لا سيما في ملا من الناس او بحضرة السلطان فيثبت في حقه الاكراه بمثله لان عينه هوانا وذلا اعظم من الالم والاكراه بحبس الوالدين والاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجي ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه

قال ويثبت به الملك عند القبض للفساد اي يثبت بالبيع او بالشرا مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا كساير البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا ترى انه لو اجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كالوباع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه لا يملك بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفوات الشرط تاثيره في فساد العقد كالمساواة في الاموال الربوية فانها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط ونقول لما وجد اصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالكره فكان ينبغي ان ينفذ كالطلاق الا ان الشرع شرط للحل شرطا زايدا وهو التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كنهانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه زايد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزايد شرعا فكذا هنا ثم بين الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا لان ما يتعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفا ونحن مسلمنا انفصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها تتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فلهذا اعتق لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وانما نفذ بالاجازة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي فصار كساير البياعات الفاسدة الا انه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدي بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه اما هنا الرد لحق العبد وهما سوا فلا يبطل حق الاول لحق الثاني ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفا كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي اني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفا الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لان الفساد

باعتبار

باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام ابو شجاع وعلي السغدي والامام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه اخذه عند قضا الدين اتي بمعنى الرهن لانه هو الذي يوخذ عند قضا الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به واي شي اكل من زوايده يضمن ويسترده عند قضا الدين ولو استاجره البايع لا يلزمه اجرته كالراهن اذا استاجر المرهون وانتفع به وسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع احكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جايزا مفيدا بعض احكامه منهم الامام نجم الدين النسفي فقال اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبارا بالهازل وقال في الكافي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع الجايز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفا بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال عليه السلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بالف على اني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفا ويمكن ان يكون هذا الاخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على انه مثل الاول وهذا البيع موجود في المصر متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة

قال وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طايعا اي لو اكره على البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طايعا لان القبض والتسليم طايعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم او القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شي يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في اصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض باصل الوضع وتفيده بعده سوا كانت صحيحة او فاسدة فينصرف الاكراه في كل واحد منهما الى ما يستحق به منه في اصل وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قايما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا ياخذ منه شيا لان الثمن كان امانة في يد المكره لانه اخذه باذن المشتري على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان

قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة

قال وللمكره ان يضمن المكره لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاسناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشرا والقبض لانه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه غير انه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كساير البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر

مرآخر حتي تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول ولو ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت
البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده
وياخذ هو الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز
الكل كالراهن او الاجر اذا باع الرهن او العين المستاجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستاجر فاذا اجاز نفذ
البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه لا ان يكون مملكا باجازته واما اذا ضمنه فانه لم يسقط حقه لان
القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استردادا للمبيع بل اجازة فافترقا ه
بخلاف ما اذا اجاز المالك احد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي اجازه المالك ولا يجوز ما قبله ه
ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك للمشتري منه فعند الاجازة يملكه من اجيز شراؤه وتبطل
البقية لورود ملك بات علي ملك موقوف قال وعلى اكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بضرب او
قيد لم يحل وحل بقتل وقطع اي لو اكره علي هذه الاشيا بما لا يخاف علي نفسه او علي عضوه كالضرب لا يسعه ان
يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة علي اصل الحل
بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثني حالة الضرورة والاضطرار والاستثنا يكون عبارة عما ورا المستثني
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا فظهر ان التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجي
وهو ان يخاف علي نفسه او علي عضو من اعضايه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب بالسوط ولا بالحبس حتي لو خاف
ذلك منه وغلب علي ظنه يباح له وقدره بعضهم بادني الحد وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده باقل
من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام علي وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه
ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالراي واحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالادني
منه فلا طريق سوي الرجوع الي راي المبتلي به فان غلب علي ظنه ان تلف النفس او العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا
قال وانم بصبر اي اذا امتنع من الاكل وصبر حتي اتلف اثم لانها في هذه الحالة مباحة علي ما بينا واهلاك النفس او
العضو بالامتناع من المباح حرام فياثم الا انه اذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا ياثم لانه موضع الخفا وقد دخله اختلاف العلما
وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا ياثم كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب في حق من اسلم
فيها وعن ابي يوسف انه لا ياثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قايمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص
علي ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف ان الرخصة استباحة المحظور مع
قيام الدليل المحرم والحرمة اي تعامل معاملة المباح لا ان يكون مباحا حقيقة ولهذا قيل ان الجناية في الرخصة موجودة ه
وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المواخذة فقط وعلي هذا الخلاف لو صبر
في حالة المخمصة قال وعلي الكفر واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص اي لو اكره علي كلمة الكفر واتلاف
مال انسان بشي يخاف علي نفسه او علي اعضايه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له اجرا كلمة الكفر علي لسانه وقلبه مطمئن بالايمان
لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به انه عليه السلام قال له كيف وجدت قلبك
قال مطمينا بالايمان قال فان عادوا فعد اي عد الي الطمانينة وفيه نزلت الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان
لان التلفظ به في هذه الحالة لا يدل علي تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوتا حق الله تعالى في
المعني فيرخص له احيا لنفسه او طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس الا يري ان المضطر لا يرخص له قتل النفس لياكل منه
ولا قطع عضو وكذلك كل ما ثبتت حرمته يرخص له عند الاكراه الكامل وهو الملجي وذلك مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم
والصلاة والجناية علي الاحرام لان حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا يتصور الاباحة فيه اصلا وغيره وان احتمله عقلا لكن

لا يوجد

ان الذين لا يؤمنون بايات الله لا يهديهم
الله ولهم عذاب اليم انما يفتري الكذب
الذين لا يؤمنون بايات الله واولئك
هم الكاذبون من كفر بالله من بعد ايمانه الا من
اكره وقلبه مطمئن بالايمان سورة النحل

ابو جد سمعا فالتحق بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالاكراه الملجي رخصة لا اباحة مطلقة ولا يثبت بغير الملجي كالضرب
والحبس لانه ليس بملجي ولهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو اعظم قال وياجر بالصبر
اي يكون ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتي قتل لان خبيبا صبر علي ذلك حتي صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهدا
وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قايمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق الله
تعالى او حق عين من العباد كان شهيدا الا يري انه لو قاتل دون ماله عين فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثني في حالة
الاكراه بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثني الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة
لانا نقول الاستثنا هنا راجع الي العذاب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر واخواتها فان المذكور
هناك فيه الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقي علي حالها ولكن لو رخص جاز لما ان حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق
العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان علي المكره قال وبالاتلاف يضمن المكره لانه هو المتلف لا له والمكره
الة له فيما يصلح الة قال وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص اي لو اكره علي قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل احيا لنفسه
لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك سوا فسقط الكره قال وان قتله اثم لان الحرمة باقية
لما ذكرنا فياثم بمباشرته ولان الاثم يكون بذنبه والمكره لا يصلح ان يكون الة له في حقه فيقتصر عليه وكذا لو اكره علي
الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجي منه ولد ليس له اب يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب
المراة حيث يرخص لها بالاكراه الملجي لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم تكن في معني القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا اه
اوجب الاكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل قال ويقتص المكره فقط وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
زفر يجب القصاص علي المكره دون المكره لان القصاص يجب علي القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه هو المباشر وكذا
حكما لانه ياثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والاصل في الافعال ان يواخذ بها فاعلها الا اذا سقط حكم
فعله شرعا واضيف الي غيره كما في الاكراه علي اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل واضيف الي غيره
وهنا لم يسقط حكم فعله بل تقرر حكم فعله بدليل انه ياثم اثم القتل واثم القتل يكون علي القاتل وقال الشافعي يجب القصاص
عليهما اما المكره فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبب منه الي القتل حيث احدث فيه معني حاملا علي القتل ه
والسبب التام ينزل منزلة المباشر في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص علي شهود القصاص
اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادي
الي الفساد فيوجب علي الكل حسما لمادته وقال ابو يوسف لا يجب القصاص علي واحد منهما لان القتل بقي مقصورا علي
المكره من وجه حتي اثم اثم القتل واضيف الي المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الي القتل بموجب
طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة في الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما
انه محمول علي القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير الة للمكره فيما يصلح ان يكون الة له وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الالة هي التي تعمل بطبعها
كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالما فان طبعه الاغراق وباستعمال الالة يجب القصاص
علي المستعمل فكذا هنا والدليل علي ان الامر هو المستعمل له والمامور جار علي موجب طبعه ان ضمان المال المتلف يجب علي الامر ولولا انه هو
المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا ان الاتلاف منسوب الي الامر وان المامور الة له اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق
فكان الامر مباشرا للاتلاف لا مسببا له لانه لو كان مسببا لما وجب عليه الضمان وانما كان يجب علي المامور لان المباشر والمسبب اذا
اجتمعا في الاتلاف كان الضمان علي المباشر دون المسبب وهذا لانه يمكن ان يجعل الة له في اتلاف المال بالاجماع بان ياخذه ويلقيه في مال
انسان فكذا في النفس في حق الاتلاف يصلح ان يكون الة له بهذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح ان يكون الة له في حقه لان الاثم بالجناية علي
دينه ولا يقدر احد ان يجني علي دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الاكراه علي الاعتاق فانه ينتقل الفعل الي الامر في الاتلاف ه

ويقتصر على المامور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المامور حتى عتق العبد وكان الولاء له
ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون الملك ولا كان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق
التلفظ دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو اكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينقل الفعل الى المسلم الآمر
في حق الاتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينقل في حق الحل لانه لا يصلح ان يكون آلة له في حقه لان الحل في الذبح في الدين وبالعكس محل **قال وعلى
عتاق وطلاق ففعل وقع** اي لو اكره على عتاق او طلاق فاعتق او طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم
صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقارير لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا واما
العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع الا يرى ان العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع
واخواته **قال ورجع بقيمته ونصف مهرها ان لم يطأها** يعني على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع
بقيمة العبد عليه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان
الاعتاق لانه ضمان فساد يتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض
او لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وعليه دين او لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا
ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكان المهر
مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية
كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تاكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب فكان
متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر ببالي الاخبار بالحرية
فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا انشاء الحرية في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى
ولا يضمن المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع العتق ولو قال خطر ببالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال او لم ارد به شيئا او لم يخطر ببالي
شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذا التفاصيل الطلاق ولو اكره على ان يعتق عبده او يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من
قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لانه ان اوقع الطلاق لا يرجع بشيء على
ما ذكرنا وان اوقع العتق فهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه ان يوقع الطلاق ويتخلص ولو اكرهه على التوكيل بالطلاق او العتاق فوقع
الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا يصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع
انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة بالطلاق لكونها من الاسقاطات فاذا لم تبطل
نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما اتلف عليه استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما
يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك اصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا ان فلانا قد وكل بعتق عبده
فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا ووجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا له وجعل ما فعل طريقا الى الازالة
فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد
ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب بموجبه فيها اذ لو كان له الطلب فيها لحبس فيكون اكثر مما اوجب وكذلك اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة او على المعصية والاصل فيه
حديث حذيفة رضي الله عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فاوجب الشرع به حرمة
موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به
والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي اربعة اشهر ولم يكن
دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع به على المكره لانه كان يمكنه ان يفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق او يمين من جانب الزوج وكذلك

الشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة

لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها المال لانه لا يلتزم بدون
الرضا ولو اكرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق حصل باعتبار صنع
من جهته وان اكرهه على ان يعلقه بفعله الذي لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او اكلت او شربت ثم فعل المكره هذه
الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ ولو اكرهه على ان يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي
اكرهه لانه امر بالخروج عن حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه ان يعتق عبدا
معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه بخلاف الاول لانه لم يأمر الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين
ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض ولو قال انا ابرئه من القيمة حتى يجزيه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير
مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة ولو قال اعتقته حين اكرهني وانا اريد به عن الكفارة
ولم اعتقه لاكراهه اجزاه عن الكفارة وليس له ان يرجع بقيمة العبد على المكره ولو اكرهه على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله فهو
مختار ولا شيء على المكره عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاعتاق يتجزى عنده وما اتى به غير ما اكره عليه فلا يصير
الاتلاف به منسوبا الى المكره الا يرى انه لو امر ان يعتق نصف عبده فاعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن
المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه على اعتاق
كله فاعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على
النصف فيكون آتيا ببعض ما اكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو اكره على الزنا فزنى يجب الحد عليه في قول
ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب وقالا لا يجب
عليه في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وجه الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار
الآلة والانتشار دليل الطواعية لانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح ان يكون آلة له في الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان
مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط به احصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا الا يرى انه
يتحقق منها وهي نائمة او مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن ان يجعل آلة له فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه
القصاص وجه قوله المرجوع اليه ان انتشار الآلة قد يكون طبعا كما في النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه
الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصد بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الاكراه لما ان
في الامتناع اهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا **قال** رحمه الله **وعلى الردة لم تبن امرأته** اي لو اكره على
الردة واجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لم يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وانكر
هو كان القول قوله استحسانا والقياس ان يكون القول لها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع
والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه
دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا اسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد احد الركنين
وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم
بردته لعدم القصد هذا لبيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى فاذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى اسلم ثم رجع عن الاسلام
لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا
ولم اكن فعلت بانت امرأته في الحكم لانه اقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق انه
نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر انه اجاب اليه ونوى ما فصل المكره مع اقراره على نفسه بوجود
المخلص فلا يصدق في حق المرأة انه عدل عما طلب منه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي
الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث اجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو اكره على الصلاة على الصليب

لو اكره على الزنا

لو سب النبي مكرها

او على سب محمد النبي صلى الله عليه وسلم فقال خطر ببالي ان اسجد لله تعالى او اسب محمدا آخر فنويت السجود لله تعالى او سببت غير
النبي صلى الله عليه وسلم بانت امراته قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال نويت السجود للصليب او سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر
وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى ه
ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امراته ديانة ولا قضاء وهو المراد
بالمذكور في الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيره من الاحوال حتى لو خطر بباله
انه لو اكرهه العدو على كلمة الكفر لاجري على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير
اكراه فصار كتغيير ما لو نوى ان يكفر في وقت في المستقبل **فصل** وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو اكره
على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لا يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص

لو اكره على قطع طرف نفسه او قتل نفسه

على المكره كما قلنا في النفس ولو اكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا اكره على قتل نفسه حيث لا يحل له
قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استأكلت ولو قال له لتلقين

لو قال لتلقين نفسك في النار او من الجبل او لاقتلنك

نفسك في النار او من الجبل او لاقتلنك وكان الالقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان
شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند ابي حنيفة لانه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك
لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه واصله ان الحريق اذا وقع في سفينة وعلم انه لو صبر فيه
احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار ايهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا القى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص
وان اكره على ان يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع

اقتصر ح

والمكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره والاخر على القاطع فصارا قاتلين له وعند ابي يوسف عليهما الدية في
مالهما لان في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الاخر مالا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل
او لاقتلنك بالسيف فالقى نفسه فمات فعند ابي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص
لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وعند ابي يوسف تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد

ولو قال لاخر اقتلني

يجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لاخر اقتلني فقتله تجب الدية في
ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي ان يجب القصاص كما قال زفر وانما سقط ه
للشبهة باعتبار الاذن فيجب الدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب شيء لان نفسه حقه
فصار كاذنه باتلاف ماله وثم لا ضمان فكذا هنا واذا اكره ولي المراة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت
المراة ولم يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند ابي حنيفة لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان

بلغ مقابلة على خط المصنف

وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه وهبته والله اعلم

كتاب الحجر

قال رحمه الله **هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون** هذا في الشرع وفي اللغة هو المنع
مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل
في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل ثم ان الله تبارك وتعالى خلق البشر اشرف خلق وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين
فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه سعد من سعد وذلك ان الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى
وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان افضل
خليقة لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهائم قال الله تعالى
ان هم الا كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى
بعضهم بما شاء من اسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبان لنقصانه فجعل تصرفهما غير
نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بان يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في

مالها

مالهما خاصا وعاما واوجب عليه النظر لهما وجعل الصبي والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس
بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الراي كالحر غير انه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حق

نفاذ العبد باقرار بعد العتق

المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر لا يقال له انه محجور عليه مع انه ممنوع عن
التصرف في ملك غيره ولهذا يؤاخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في
الحال وتأخره اليها بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشياء توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لان الحجر في

الحجر في الحكميات دون الحسيات

الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الا يرى انه يرد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر
عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال **فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد** لان
الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز
الا اذا اذن له الولي فيصح لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا اذن له فقد زال فيتصرف باهليته
ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال **ولا تصرف المجنون المغلوب بحال** يعني لا يجوز تصرفه
اصلا ولو اجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو
في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش

اختلفوا في تفسير المعتوه

من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه
لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال **ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي او يفسخه** اي من عقد البيع ه
او الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش
من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء اجازه وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل
ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي او المولى ان راى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف على اجازته
فان قيل هذا في البيع مستقيم واما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري
اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لتضرر المولى فتوقف الكل قال
وان اتلفوا شيئا ضمنوا لما ذكرنا انهم غير محجورين عليهم في حق الافعال اذ لا يمكن ان يجعل القتل غير القتل والقطع غير
القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود اهلية الوجوب وهي الذمة لان الادمي يولد
وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الا انه لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا
ايسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ من النوم قال **ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون** لان اعتبار الاقوال
بالشرع الا يرى انه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده فيؤثر فيهما بخلاف
الافعال على ما بينا انه فعل حسي فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد فلا يعتبر فعله ايضا الا من حيث انه اتلاف
فيجب عليه الضمان قال **وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو اقر بمال لزمه بعد الحرية** لانه اقرار
على غيره وهو المولى لان ماله وما في يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا اعتق زال المانع فيتبع به لوجود
سببه من اهله قال **ولو اقر بحد او قود لزمه في الحال** لان العبد مبقي على اصل الحرية في حقهما لانهما
من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى
بهما عليه فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه
السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية في
حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح اقراره فينفذ ولا يقال
انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص على

الا انسلم انه مخصوص لانه مقبول ايضا في حق نفسه حتي يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص يحمل علي انه ورد علي المرد فعا للتناقض بينه وبين ما روينا فلنا نحمل المروي علي غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال ولا يسفه اي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند ابي حنيفة اعلم انه لا يري الحجر علي الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين في تصرفات لا يصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوي وترك ما يدل عليه الحجي والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض لا يعده العقلا من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الي المغني واللعاب وشرا الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالي والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص علي اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله علي وجه النظر له وقوله تعالي فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص علي اثبات الولاية علي السفيه وانه مولي عليه فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وروي ان عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتي اشتري دارا للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك علي بن ابي طالب فقال لاتين عثمان ولاسألنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجا الي الزبير فاخبره بذلك فقال اشركني فيها فاشركه ثم جا علي الي عثمن رضي الله عنهما فساله ان يحجر عليه فقال كيف احجر علي رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارات فاستدل برغبته انه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم علي جواز الحجر بهذا السبب وان عايشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتي روي انها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لا تنتهين عايشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها ولان النظر له واجب حقا لاسلامه وليس من النظر ان يمكن من التصرف لا علي وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون علي البر فصار كالصبي بل اولي لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا يمنع ماله في الابتدا اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لانه يتلف بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولابي حنيفة ما روي ابن عمر انه عليه السلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل الا يري انه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف انظر له حيث كلفه الشارع يعلم انه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسو اختياره وقلة تدبيره مكابرة العقل ومتابعة الهوا ولان في حجره الحاقه بالبهائم واهدار آدميته وهو اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلي لدفع الادني حتي لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عنده عليه وذلك كالحجر علي المتطبب الجاهل بان يسقيهم دوا مهلكا او اذا قوي عليهم الدوا لا يقدر علي ازالة ضرره وكالحجر علي المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المراة من زوجها او لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام او تحريم الحلال وكالحجر علي المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكرا ويوجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكرا اليه ويصرف هو ما اخذ منهم في حاجته فاذا جا اوان الخروج يختفي فيذهب اموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو والحج لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس علي منع المال لعدم الاستوا لان الحجر ابلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لان اكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يهتدي اليها لسلامة قلبه فيغبن في البياعات بخسرا او بالهبات والصدقات او بان يجمع اصحابه من اهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم اموالنا لا اموال السفها المراد بالاية ان نطعمهم ونكسوهم من اموالنا ولا نسلمه اليهم والمراد بالسفها الذراري من النسا والولدان لان النسا والصبيان اذا اسلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الاية يشهد لذلك

حيث اضيف المال الينا لا الي السفها ولين كان المراد اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفها الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالي ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا يدل علي ان المراد بالاية الصغار لان معني الاية والله اعلم لا تاكلوا اموالهم تبادرون كبرهم مخافة ان يكبروا فلا يكون للاوليا عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فينتزع الاموال من ايديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب ابي حنيفة لانه يدل علي زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالي فان كان الذي عليه الحق سفيها الاية يحتمل ان يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس بمميز او نقول الاية تقتضي ان ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالي يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفيها اي الحق الذي لزمه بمداينته والله اعلم فليملل وليه فهذا ظاهر علي ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الي الحساب او لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الي فصاحة وتاليف كلام فيحتاج ان يملي عنه غيره باخباره هو واقراره علي نفسه واكثر الناس علي هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يولف كلاما يملئه وانما يعلم ما عليه ثم يولفه غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لان عثمن رضي الله عنهم امتنع من الحجر عليه مع سوال علي وكلام علي رضي الله عنه كان علي سبيل التخويف له وحديث عايشة رضي الله عنها دليل لنا ايضا لانها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت الا تكلم ابن الزبير ابدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة علي قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير قال ذلك كراهة ان تفني مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالا علي غيرها والمصير الي هذا اولي ليكون ابعد من نسبة السفه والتبذير الي الصحابة رضي الله عنهم لا سيما مثل عايشة وهي اكرم اهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم اجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القايل لذلك الا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وانما كان ذلك علي سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم علي ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا يري الي ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه انه قال ذكر لرسول الله صلي الله عليه وسلم انه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا او جايزا لحجر عليه وفيما روي انس رضي الله عنه فاتي اهله النبي صلي الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر علي فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا اصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه ابو داود واحمد وابن ماجة والدارقطني وصححه الترمذي وهذا اصرح بان الحجر غير مشروع وان نهيه عليه السلام كان علي سبيل الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه ان يقول لا اصبر عن البيع ولا كان يباعده بل تلزمه وعن ابن عمر ان منقذا سفع في راسه في الجاهلية مامومة فخبلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم انت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خلابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفين عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيي بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلا قد اصابته آمة في راسه فكسرت لسانه فكان لا يدع علي ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتي النبي صلي الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال اذا انت بايعت فقل لا خلابة ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت فارددها علي صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجة والدارقطني هكذا ذكر في المنتقي ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الي قاض اخر فرفع حجره واطلق عنه جاز الاطلاق لان الحجر من الاول فتوي وليس بقضا لان القضا لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضا لاحدهما علي الاخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضا فنفس القضا مختلف فيه فلا بد من الامضا يعني حتي يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضا لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه ان لو كان الاختلاف موجودا قبل القضا فينفذ احد القولين بالقضا فلا ينقض بعد ذلك اما اذا كان الاختلاف في نفس القضا فبالقضا يحصل الاختلاف فلا بد من قضا اخر ليصير مجمعا عليه لانقضائه بعد وجوده

الاختلاف وهذا معناه لكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضا فان محمدا رحمه الله يري حجره بنفس السفه
ولا ينفذ تصرفاته اصلا فيصير القضا به علي هذا التقدير قضا بقول محمد فيتاكد قوله بالقضا بخلاف القضا علي الغايب فان
الاختلاف فيه في نفس القضا هل يجوز ام لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي يجوز فيحصل الاختلاف بالقضا فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا
القضا قال فان بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وتنفذ تصرفه قبله ويدفع اليه
ماله اذا بلغ المدة مفسدا اي ان بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع
اليه ماله ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه ابدا لقوله تعالي فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
ولقوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وامرنا بالدفع ان وجد منه الرشد ولا يجوز الدفع
اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقي المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالي وآتوا
اليتامي اموالهم والمراد به بعد البلوغ سمي يتيما لقربه منه ولان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه
بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل
الطبايع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده الا يري انه قد بلغ سنا يتصور ان يصير جدا لان ادني مدة يبلغ فيه الغلام
اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة اشهر ثم الولد يبلغ في اثني عشر سنة فيولد له ولد لستة اشهر فقد صار بذلك
جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا ليس باثر الصبا فلا يعتبر في منع المال ولان منع المال عنه علي سبيل
التاديب عقوبة عليه والاشتغال بالتاديب عند رجا التادب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجا التادب فلا معني لمنع المال
بعده والمراد بما تلوناه من الاية الاولي منع اموالنا لا اموالهم علي ما بينا من قبل والاية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط
لا يوجب العدم عند عدم الشرط علي اصلنا علي ما عرف في موضعه ثم لا يتاتي التفريع علي قول ابي حنيفة رحمه الله وانما يتاتي علي
قول من يري الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه لان فايدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان تصرفه موقوف
لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا راي الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده كتصرف الصبي والمعتوه بل اولي لانه مكلف عاقل ينفذ تصرفه
فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله لان السفه ليس بشي محسوس وانما
يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز ان يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهدين فاذا
تردد لا يثبت حكمه الا بقضا القاضي بخلاف الجنون والصغر والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلما فلا يثبت حكمه الا بالقضا
بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار اهليته ضرر عليه وابقا ملكه نظر له فلا بد من
القضا ليترجح احد الجانبين علي الاخر وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضا
كالصبا والجنون والجامع ان الحجر لمعني في نفسه والقضا يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين
لانه لحق الغير حتى لا يتوي مال الغرما وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه وللقاضي عليه ولاية فيتوقف علي قضايه لتوقفه علي
طلبهم الا يري انهم لو لم يطلبوا ذلك او ابراوه او وفاهم حقهم لا حجر عليه وعلي هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها
وان اعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعي لا يعتق وهذا بنا علي الاختلاف في كيفية حجر فعندهما هو كالهازل فان الهازل يخرج
كلامه علي غير نهج العقلا لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات
علي غير نهج كلام العقلا لاتباع الهوي ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل
تصرف لا يؤثر فيه الهزل وهو ما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شي من تصرفاته سوي الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلي العبد
ان يسعي في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف الاول لان الحجر علي السفيه كالحجر علي المريض فانه لاجل النظر لغرمايه وورثته
ثم هنا كما اذا اعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمايه او لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد وا

كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه

لمعنى

لمعنى النظر وتعذر رد عينه فيجب نقضه معني بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول ابي يوسف الاخير وهو رواية عن
محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعي لسعي لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال وانما تلزمه السعاية لاجل
غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه في التدبير لا يجب عليه
السعاية ما دام المولي حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك للمولي فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق علي
ملكه والمولي لا يستوجب علي عبده دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه الا يري انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير
ولم يجب عليه المال فان مات المولي ولم يونس منه الرشد سعي في قيمته مدبرا لانه بموت المولي عتق ولانه اعتقه في حياته
فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وان جات جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه
منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له لانه في الحاقه بالمصلح في حق الاستيلاد لتوفير النظر لاحتياجه الي ذلك لابقا نسله وصيانة
مايه ويلتحق في هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعي نسب ولد امته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله
بموته ولا تسعي هي ولا ولدها في شي لان حاجته مقدمة علي حق غرمايه بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعي الولد ولو لم يكن
معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر علي بيعها فان مات سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته
وليس معها ولد هذه ام ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير وكذا
في دفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانها لا شاهد لها فاقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة
العتق ولا يقدر علي بيعها بعد ذلك وتسعي في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها في حال حياته وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه
لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فان سمي لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوايجه
الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية
وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمي لان التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وكذا لو
تزوج اربع نسوة او تزوج كل يوم واحدة فطلقها وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلي ولده وزوجته ومن تجب
عليه نفقته من ذوي ارحامه من ماله لان احيا ولده وزوجته من حوايجه الاصلية والانفاق علي ذي الرحم المحرم واجب
عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالي الا ان القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها
بنفسه علي الفقرا لان الواجب عليه الايتا وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضي معه
امينا كيلا يصرفها الي غير المصرف ويسلم القاضي النفقة الي امينه ليصرفها الي مستحقها لانه لا يحتاج فيها الي النية فاكتفي فيها
بفعل الامين ولو حلف وحنث او نذر نذرا من هدي او صدقة او ظاهر من امراته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم
لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر امواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتدا بغير فعله وان اراد حجة الاسلام
لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالي ابتدا وليس له فيها صنع وفي الفرايض هو ملتحق بالمصلح اذ لا تهمة فيه ولا يسلم
القاضي النفقة اليه بل يسلمها الي ثقة من الحاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كيلا يبذر ولا يسرف ولو اراد عمرة
واحدة لم يمنع منها استحسانا والقياس ان يمنع لانها تطوع فصارت كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلما
فيمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد علي حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشا السفر لكل واحد منهما علي
الانفراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تقل فيه اولي واحري ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن
موضع الخلاف فان ابن عمر لا يجوز الا البدنة وان جني في احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذي
ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزي فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك
الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يوخر الي ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا او
العبد الماذون له في الاحرام وكذا لو جامع امراته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتاخر الي ان يصير مصلحا وان اوصي

لو دبر عبده بمال هل يجب

الشافعي يحجر عليه بسبب

بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته وجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا اهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج او للمساكين او بشيء من انواع البر الذي يتقرب بها الى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور واما اذا اوصى بوصايا تستقبحه المسلمون فلا ينفذ قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي الا في اربعة احدها ان تصرف الوصي في مال الصبي جايز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني ان اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جايز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه اذا اوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال وفسق اي لا حجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق اولى بذلك ولهذا لم يجعله اهلا للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فتعم فتتناوله الآية لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد الا يرى ان الكافر لا يحجر عليه واي فسق يكون اعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكافر اذ هو اعظم وجوه الفسق ولا يخفى على احد فساد هذا القول قال وغفلة اي لا حجر على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له الا يرى ان منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم ان يحجر عليه فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث دليلنا لانه عليه السلام لم يجبهم الى ذلك وانما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفي لا يحيط بالعلم ولعله انكر عليهم الا انه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل الينا بل الظاهر انه انكر عليهم وما نقل الينا من عدم اجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه قال ودين وان طلب غرماؤه اي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان في الحجر اهدار اهليته والحاقه بالبهايم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لانه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال وحبس ليبيع ماله في دينه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين باي طريق شاء ان شاء بيع ماله وان شاء بسبب اخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع عينا وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله ان امتنع عن بيعه وقسم ثمنه بين غرمايه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه باقل من قيمته لما روي ان معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمايه بالحصص ولان في الحجر عليه نظرا للغرماء كيلا يلحقهم الضرر بالاقرار والتلجية وهو ان يبيعه من انسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه او بالاقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لا يفاء دينه حتى يحبس عليه فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والاباء عن الاسلام قلنا التلجية موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والاباء لان الواجب عليه الامساك بالمعروف والتسريح بالاحسان فاذا امتنع ه

الامساك

الامساك بالمعروف تعين الاخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه مناب كالمديون اذا كان معسرا فان القاضي لا يوجره ليقضي من اجرته الدين او كانت امراة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من اي طريق شاء من استقراض واتهاب وسوال صدقة او بيع مال بنفسه لا ليبيع فقط ولان بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له حبسه لان فيه اضرارا بهما بتعذيب المدين وتاخير حق الطالب بلا فايدة فيكون ظلما وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعانا بالنبي عليه السلام والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامر ويابى ولا يظن بمعاذ انه خالف النبي عليه السلام حاشاه ولان من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضى فكان الحاكم باطلا وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالاجارة والتزويج على ما ذكرنا قال ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا امره وكذا اذا كان كلاهما دنانير لان للداين ان ياخذ بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي ان يعينه قال ولو دينه دراهم وله دنانير او بالعكس بيع في دينه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فاستحسان والقياس ان لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا ان هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان انهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الاغراض تتعلق بصورها واعيانها وليس للقاضي الحاق الضرر ببعضهم لمنع غرضه في ملكه واما النقود فوسايل لان المقصود فيها المالية دون العين فافترقا قال ولا يبيع عرضه وعقاره اي لا يبيع القاضي عرض المدين وعقاره وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدا القاضي ببيع النقود لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها اهون على المدين فان فضل شيء من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كثير ضرر في بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهو نظير صرف الدين الى اموال الزكاة فانه يصرف اولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الاهون فالاهون نقدا وهذا الذي ذكر هو احدى الروايتين عنهما وقال بعضهم يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف منه ثم بيع العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للداين فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء وان اقر في حالة الحجر بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الافعال الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فامكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القايم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق على المدين المحجور وعلى

زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة علي حق الغرما **قال وان افلس**
اي لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتي يظهر للقاضي انه لا مال له فاذا ظهر له ذلك اخرجه من الحبس وقد ذكرنا
الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس في كتاب القضا ثم اذا اخرجه من الحبس لا يحول
بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند ابي حنيفة لقوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستوا حقوقهم في القوة ولو قدم البعض علي البعض في القضا جاز
لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق في ماله وانما حقه في ذمته فله ان يوثر من شا من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه الي الذخيرة
وذلك الي فتاوي النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه في مكان لانه حبس باليد وهو حيث شا ويدورون
معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضا الدين والحبس غير مستحق عليه بعد اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه
بل يجلس علي باب داره الي ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم ياذن له في الدخول يحبسه علي باب
الدار ويمنعه من الدخول كيلا يختفي او يهرب من جانب اخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال في النهاية ليس لصاحب الحق
ان يمنع الملزوم ان يدخل في بيته لغايط او غدا الا اذا اعطاه الغدا واعد له موضعا اخر لاجل الغايط فح له ان يمنعه من ذلك حتي لا يهرب
فيه اذا كان عمل الملزوم سقي الما ونحوه ليس لصاحب الحق ان يمنعه من ذلك ولكن له ان يلزمه او يلزمه نايبه او اجيره او غلامه الا اذا
كفاه نفقته ونفقة عياله واعطاه فح كان له ان يمنعه عن ذلك لانه لا ضرر علي الملزوم في هذه الصورة وقال ابو يوسف ومحمد اذا فلسه
الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لقوله تعالي وان كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة وقد ثبتت عسرته فوجب
انظاره فصار دينه ثابتا في ذمته وذلك لا يجوز منعا بعينه والاية توجب الانظار الي الميسرة ونحن نقول به لانه لا يطالبه بشي من حقه حتي
يثبت انه قد حصل له مال وانما يلازمه لياخذ ما يحصل له من المال لان المال غاد ورايح فيمكن ان يحصل له في كل ساعة علي عدم المال لا يتحقق
حقيقة اذ العدم لا يحاط بالعلم وانما يثبت بالاستدلال علي ظاهر حاله فيمكن ان يكون له مال قد اخفاه عن الغرما لان كثيرا من الناس يتزيون
بزي الفقر وهم اغنيا فيلازمونه لاحتمال ان يظهر لهم ماله وقوله الا ان يقيموا البينة ان له مالا اشارة الي ان بينة اليسار ترجح علي بينة
الاعسار لانها اكثر اثباتا لانها تشهد بالوجود والاخري بالنفي فالبينة المثبتة اولي من النافية وكان ينبغي الا يقبل النافية اصلا لما ذكرنا
لكن قبلت استحسانا بعد الحبس لا قبله لانها توجب بالانضمام الي الحبس طمانينة القلب فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه كثير العيال
ضيق الحال كان شهادة بالاثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه وان شا في بيته لانه
ربما يطوف به في الاسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعي وفي رواية اخري عنه لصاحب الحق ان يلزم مديونه المعسر حيث
احب من المصر وان كان الملزوم لا معيشة له الا من كده لم يكن له ان يمنعه من الذهاب ومن ان يسعي في مقدار قوته يوما بيوم فاذا
اكتسب ذلك في يومه فله ان يمنعه من الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام سالت محمدا رحمه الله عن رجل اخرج من الحبس علي تفليس
فراي محمد الملازمة مع التفليس واشار الي المعني فقال لعل عنده شيا لا نعلم لنا به فقال هشام قلت له فان كانت الملازمة تضر بعياله
وهو ممن يكتسب في سقي الما في طلونه قال امر صاحب الحق ان يوكل غلاما له يكون معه ولا امنعه عن طلب قدر قوته يومه ولعياله وكذلك
ان كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الي الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره وحينئذ يحبسه دفعا
للضرر عنه اخري وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل علي امراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية
لكن يبعث امراة امينة تلازمها **قال وان افلس مبتاع متاع فبايعه اسوة الغرما** اي لو اشتري متاعا فافلس والمتاع
قايم في يده فالذي باع المتاع اسوة للغرما فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البايع وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع
حتي يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي للبايع الفسخ واخذ متاعه
قبل القبض وبعده لحديث سمرة انه عليه السلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به رواه احمد وعن ابي هريرة انه عليه السلام

قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة اخر ولان
المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبايع حق الفسخ كما لو عجز عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد
معاوضة فيقتضي المساواة كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا عليه لا تاثير له
في منع الفسخ الا يري ان المكاتب اذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولي من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن **ولنا** قوله تعالي وان كان
ذو عسرة فنظرة الي ميسرة فاستحق النظرة الي الميسرة بالاية فليس له ان يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار مؤجلا
الي الميسرة بتاجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف يثبت له ذلك في تاجيل الشارع
وهو اقوي من تاجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبايع في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة فلا يتصور فيه العجز ولا يتغير
عليه موجب العقد ابدا لان بقا ذلك ببقا محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفا والايفا غير الواجب
بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك لان ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف
في الذمة والمقبوض عين الا يري انه يجوز اسقاطه بالابرا وبالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في
المبيع عينا ودينا لان المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبداله قبل القبض ولا ضرورة
هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روي لان المذكور
في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به من غيره والمبيع
ليس بعين مال البايع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه يقع علي المغصوب
والعواري والودايع والاجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو احق به من ساير الغرما والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا
الحديث حجة له ان لو قال فاصاب رجل عين مال قد كان له فباعه من الذي وجد في يده ولم يقبض ثمنه فهو احق به من ساير الغرما وهو نظير
ما روي عن سمرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال من سرق له مال او ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو احق بعينه ويرجع المشتري
علي البايع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد ان جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فاذا
ظهر له مالك معين كان هو اولي به من ساير الغرما فان قيل روي هذا الحديث بالفاظ اخر فان ابا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلي
الله عليه وسلم قضي بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البايع من ثمنها شيا فهو اسوة الغرما وان مات المشتري
فصاحب المتاع اسوة الغرما وعن ابي بكر المذكور ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ايما رجل ابتاع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم
يقبض الذي باعه من ثمنه شيا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة الغرما فتبين بهذا الحديث ان المراد
بالحديث الاول البايع دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر انه مضطرب ايضا وبين وجه
اضطرابه في الاثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز ان يكون مبينا للمراد بالحديث الاول لانه يخالفه في المعني وقوله عقد معاوضة فيقتضي
المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما ولين سلمنا انه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك
بالتاجيل الي الميسرة فلا يبقي له حق الفسخ وقوله كالسلم الي اخره قلنا المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم
المستحق بالعقد فيفوت به ما اوجبه العقد والدليل علي انه مبيع عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع
المعين بخلاف الدين فان العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما اوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض عين الا يري
ان عدم القدرة علي ايفا الثمن لا يمنع صحة العقد ابتدا فكذا بقا لما ذكرنا فان قيل اذا اشتري بالفلوس النافقة شيا كانت الفلوس
في ذمته وهي ثمن ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب ان يكون هنا كذلك قلنا ان الفلوس اذا كسدت بغير موجب
العقد فان العقد اوجب ملك فلوس في الذمة ثمنا وبعد الكساد لا يبقي بهذه الصفة فبطل ونقول لما كسدت صارت عروضا والعروض
لا تجب في الذمة الا سلما فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز تغير علي المولي موجب العقد لان موجبه ملك البدل للمولي عند
حلول الاجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيا لان المكاتب عبد والمولي لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل ببدل الكتابة انسان

البينة النافية لا تقبل الا بعد الحبس

لو كان الدين لرجل علي امراة لا يلازمها

بعينه

لا يصح وينفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات موجب العقد فتثبت للمولى خيار الفسخ كخلاف الدين في ذمة المفلس فان العقد فيه اوجب
ملك الثمن للبائع وبالافلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان مليا **فصل قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال والا فحتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة ويفتى بالبلوغ
فيهما بخمس عشرة سنة** وهذا عند ابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي ورواية عن ابي حنيفة والاول قول ابي حنيفة
عنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به ان يطعن في التاسع عشر فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثمانية عشر سنة
الا ويطعن في التاسع عشر وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما الاحتلا
فلما روي عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى
الليل رواه ابو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون في اوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ واما
السن فلهم ما روي عن ابن عمر انه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت
عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فاجازني فالظاهر انه عليه السلام لم يجز الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما
لا يتاخر عنها عادة وهي احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولابي حنيفة قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده
واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس والقتبي وقيل اثنان وعشرون سنة وفي قول عمر خمس وعشرون سنة واقل ما قيل
فيه ثماني عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حق الغلام لاشتمالها
على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه **قال وادنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي
حقها تسع سنين** اي ادنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين كذا ذكره صاحب
الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا او بالتتبع **قال فان راهقا** اي الغلام والجارية **وقالا قد بلغنا صدقا واحكامهما
احكام البالغين** لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتها فيقبل فيه قولها كما يقبل قول المراة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره والله اعلم

كتاب المأذون رحمه الله **قال الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص**
هذا في الشرع لان العبد اهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة
لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من ان يكون بشرا الا انه حجر عليه عن التصرف لحق
المولى كي لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا اذن المولى
فقد اسقط حقه فكان العبد متصرفا باهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقت بزمان ولا مكان ولا
بنوع من التجارات كالمكاتب وعند زفر والشافعي هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع من التصرف هو الرق
وهو باق بعد الاذن وثمرة الاختلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد ان يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف
للموكل فلا يملك الا ما اطلق له وعندنا يتصرف باهلية نفسه وانما يخلفه المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك هو
كالحر لان المانع حق المولى وقد اسقطه والاسقاط لا يقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا رضي المستاجر ببيع عبد مستاجر
من شخص بعينه دون غيره او سلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر
فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضي فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضي خان في فتاواه ولا يقال
هو ليس باهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون اهلا لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم
يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد وهو اهل له كالمكاتب ولهذا تقدم فيه حاجته من
قضاء دينه ونفقته وليس للمولى ان ياخذ الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما في حق الصبي فلا يكون
مشروعا ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك تعميمه لانا نقول ليس باسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم
يوجد وهو في اللغة الاعلام وضده الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه ان يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصد والاذن

ممن يملك التصرف بيعا او اجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط ان يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب
والشريك مفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر **قال
ويثبت بالسكوت ان راى عبده يبيع ويشتري** اي يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عند ما يراه يشتري ويبيع ولا فرق
في ذلك بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي
خان في فتاواه اذا راى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل
الرهن وروى الطحاوي عن اصحابنا انه رضا ويبطل الرهن ولو امر المولى ببيع متاع غيره يصير ماذونا له ولو راى عبده في حانوته
يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو راى المولى عبده يشتري شيئا
بدراهم المولى او دنانيره فلم ينهه يصير ماذونا له فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد
ولو ان رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فراه المولى ولم ينهه كان ماذونا له في التجارة ويجوز ذلك البيع
على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قيل ترجع الى الامر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما يراه
يبيع او يشتري لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك لان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا راى
اجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فاولى ان لا
يجوز به غيره من البياعات وكذا لو راى القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا له في التجارة مع
ان له ان ياذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن له ولي ولعبدهما او كان لكل واحد منهما ولي وامتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت
المرتهن عند ما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا في رواية وكذا اذا راى عبده يتزوج او امته تتزوج فسكت لا يكون اذنا
منه بالزواج وكذا لو اتلف مال غيره وصاحبه ينظر وهو ساكت لا يكون اذنا منه به حتى كان له ان يطالبه بالضمان **ولنا**
ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت دل
على رضاه به فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه
الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند امر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى
القديم عند ما يرى ماله يقتسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عند ما يقتسم الاجنبي بيع ماله لانه توكيل والوكيل يتصرف للموكل
لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت
بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجازة في رواية فلا فرق
بينهما والفرق على الاخرى انا لو جعلناه اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في جعله رهنا وهو
في الذمة ولا يعرف هل يحصل او يتوى عليه فلا يتحقق هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج العبد والامة
وفي اتلاف مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه
في الحال وفي المال جانب النفع راجح لان ما يلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح راجح ولان العبد في النكاح
وكيل عن المولى لان المولى يملك ان يعقد عليه بغير اختياره ولهذا اذا اذن له بالتزوج لا يكون ماذونا له حتى لا يملك ان يتزوج الا
واحدة لان التوكيل لا يعم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع **قال ولو اذن له عاما لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري**
يعني لو اذن له مولاه اذنا عاما بان قال له اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شيء بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع
التجارات يبيع ويشتري لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارة واما اذا امره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون ماذونا
له لانه استخدام ولو صار ماذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو امره ببيع ثوب بعينه لا يكون ماذونا له وكذا
لو قال له اجر نفسك من فلان لانه امره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال له اجر نفسك من الناس او اقعد
صباغا او خياطا او قصارا او قال اد الي الغلة وانت حر حيث يكون اذنا لانه امره بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن

وكذا اذا قال له كل شهر كذا او كل يوم كذا كان ماذونا له لانه لا يتوصل الي اداية الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي
والفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة كان ماذونا له كقوله اشتر ثوبا وبعه او بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان
اذن له بعقد واحد ولم يوجد فيه ما يدل علي الاذن لم يكن ماذونا له عادة وقوله اد الي الغلة وانت حر بمنزلة قوله ان اديته الي
فانت حر ولو اعطاه راوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء من الناس كان اذنا لانه امر بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب
العبد ثوبا فامر مولاه ببيعه كان اذنا له لانه لا يمكن حمله علي الاستخدام لعدم الملك فتعين الاذن ولو امر بنوع من التجارة كان
اذنا في الجميع وكذا اذا اذن بوقت او بمعاملة شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء علي انه توكيل عندهما
وعندنا اسقاط وقد بيناه ثم اذا صار ماذونا له في جميع التجارات كان له ان يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز لمحاباة لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش جار مجري التبرع حتي اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من
الاب والوصي والقاضي من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا
ضد لانه اتلاف ولابي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشي كان له حكم ذلك
الشي وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا يجري فيه احكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد
فك عنه الحجر في حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان
تصرفهم مقيد بالانظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن ان يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له
ان يبطله ولهذا لا يملكه بالغبن اليسير ايضا فلا يصح الاستدلال به ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب
المجاهزين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في اخري وعلي هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه الماذون لهما ولو مرض العبد
الماذون له وحابا فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحر
علي الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولي بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن فصار ه
كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه علي ما يجي لانهم لم يرضوا بسقوط
حقهم فلا ينفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما في الحر
هذا اذا كان المولي صحيحا وان كان المولي مريضا لا يصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولي كتصرفات المولي بنفسه لان المولي
باستدامة الاذن بعد ما مرض اقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سوا
حتي لا ينفذ الكل الا من الثلث قال ويوكل بهما اي يجوز له التوكيل بالبيع والشرا لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن
من مباشرة الكل فيحتاج الي المعين قال ويرهن ويسترهن لانهما من توابع التجارة لانهما ايفا واستيفا ويتقرر
ذلك بالهلاك قال ويستاجر ويضارب لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة اخذا ودفعا وكذا الاجارة
بان يوجر غلمانه او يستاجر اجيرا وله ان يدفع الارض مزارعة وياخذها ومساقاة لان كل ذلك من عمل التجارة قال عليه السلام
الزارع يتاجر ربه وله ان يشتري طعاما ويزرعه فيها ويستاجر البيوت والحوانيت ويوجرها لما فيها من تحصيل ه
المال قال ويوجر نفسه وقال الشافعي ليس له ان يوجر نفسه لان الاذن لا يتناول التصرف في نفسه ه
ولهذا لا يكون له ان يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف
علي غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه ينحجر به بخلاف
الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة الا يري ان الحر لا يملك بيع نفسه ويملك بيعها والرهن يوجب
الحبس علي الدوام الي قضا الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولي وهو التحصيل فلا يملكه ويشارك شركة عنان لانه
من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له ان يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا قال
ويقر بدين وغصب ووديعة لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد فلا بد من قبول اقراره فيما

هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب
التجارة ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين كان شريكه مطالبا به وكذا لو اشتري جارية شرا فاسدا فاقر انه وطيها يجب عليه العقر
في الحال لزومه باعتبار الشرا اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا اقر بوطي جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في
حق المولي وانما يواخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين لم يلزم شريكه والاقرار بالوديعة
من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان
كان في المرض قدم غرما الصحة كما في الحر خاصة ان ما يكون من باب التجارة لا يصدق فيه الا بتصديقه لانه فيه كالمحجور عليه
ويبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا كالاختلاف في بيع الوكيل من هولاء قال
ولا يتزوج لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا علي المولي بوجوب المهر والنفقة في رقبته قال ولا يزوج مملوكه
وقال ابو يوسف يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فاشبه اجارتها ه
ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما ان الاذن تناول التجارة والتزوج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف
المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر
للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلي هذا الخلاف الصبي والمعتوه الماذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب
الهداية الاب والوصي علي هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل
جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال ولا يكاتب لانه ليس من باب التجارة
اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوي من الاذن لان الكتابة توجب
حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المال والاذن لا يوجب شيا من ذلك والشي لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا اجازه المولي ولم
يكن علي العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع فينفذ وهذا لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه ه
يجوز باجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل لانه نايب عن المولي كالوكيل فكان قبض
البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية وذكر في
النهاية انه لو كان علي العبد دين قليل او كثير فكتابته باطلة وان اجازها المولي لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر وهذا مشكل
لان الدين اذا لم يكن مستغرقا للرقبة ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولي باجماع اصحابنا حتي جاز للمولي عتق ما في يده فكيف
يتصور هذه المسلة وعلي قول من يتاتي هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند ابي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولي وعندهما لا يمنع
ولو ادي المكاتب البدل الي المولي قبل الاجازة ثم اجاز المولي لا يعتق وسلم المقبوض للمولي لانه كسب عبده قال ولا يعتق
لانه فوق الكتابة فكان اولي بالامتناع وان اجازه المولي ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق علي مال وان كان عليه
دين مستغرق لا ينفذ عند ابي حنيفة خلافا لهما بناء علي انه يملك ما في يده ام لا قال ولا يقرض لانه تبرع ابتدا وهو لا يملكه
قال ولا يهب لانه تبرع محض وسوا كان بعوض او بغير عوض لانه تبرع ابتدا او ابتدا وانتها قال ويهدي طعاما
يسيرا او يضيف من يطعمه لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهدين وروي انه عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك ه
والمراد به الماذون له لان المحجور عليه ليس له ان يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا كان
دفع اليه المولي قوت يومه فدعا بعض رفقايه علي ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا اكلوه ه
يتضرر به المولي ولا يمكن ان تقدر للضيافة تقدير لانه تختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية ليس له ان يهدي الا الشي
اليسير من الماكول وليس له ان يهدي الدراهم ولا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها بشي يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع ه
راي الزوج لان ذلك ماذون فيه عادة وما روي انه عليه السلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المراة من بيت زوجها فقيل له والطعام
فقال عليه السلام الطعام افضل اموالكم المراد به المدخر كالحنطة ودقيقها واما غير المدخر فلها ان تتصدق به علي العادة الجارية بين الناس

الغبن الفاحش جار مجري التبرع

لا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها اليسير بغير علمه

والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد الماذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال ويحط من الثمن
بعيب لانه من صنيع التجار وقد يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب او الحط اكثر من العادة لانه تبرع
محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتدا لانه قد يحتاج اليه التاجر علي ما بيناه وله
ان يوجل في دين وجب له لانه من عادات التجار قال ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم يفده سيده وقال زفر
والشافعي يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا يباع في دينه
كساير اموال المولي وهذا لان رقبته ملك المولي فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان غرضه بالاذن تحصيل ما لم يكن
لا تفويت مال كان فلا يكون مشروعا اصلا ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولي فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر
ونفقة الزوجات ولان بيعه بالدين كان جايزا حين كان يباع الحر بالدين علي ما روي انه عليه السلام باع رجلا يقال له سرق في دينه
فانتسخ في حق الحر فيبقي في حقه علي حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم علي المعاملة وبه يحصل
مقصود المولي لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توي ماله فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعاملونه فيحصل
غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدا
بالكسب لانه اهون علي المولي مع ايفا حق الغرما وعند انعدامه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الغرما ولا يعجل القاضي
ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم عليه او دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولي بالتلوم فوجب النظر للغرما بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين اصحابنا غير
زفر وان كان ابو حنيفة لا يري بيع القاضي مال المفلس ولا يري الحجر علي المكلف والفرق له انه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان
بيعه يودي الي الحجر عليه وهو لا يري حجر المكلف فامتنع لذلك واما في العبد الماذون له فان المولي محجور عليه عن بيعه قبل
ذلك لانه لا يملك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرما فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي
ولهذا المعني يبيع القاضي كسب العبد ايضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولي واما ما لم يظهر في حقه لا يباع فيه
العبد به ولا يطالب به الا بعد الحرية قال ويقسم ثمنه بالحصص اي بين الغرما لان ديونهم متعلقة برقبته
فيتحاصون في الاستيفا من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد نفسه ان يكون المولي حاضرا لان المولي هو الخصم
في رقبة العبد كما اذا ادعي رقبته انسان ولا يكون العبد فيه خصما وبيع كسبه لا يشترط حضور المولي ويشترط حضور
العبد لان العبد هو الخصم في كسبه الا يري انه اذا ادعي كسبه كان هو الخصم فيه قال وما بقي طولب به بعد عتقه
اي ما بقي من الدين بعد ما اقتسم الغرما ثمنه يطالب به ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوه
الكل منه لان رقبته لم تف به فبقي دينهم علي حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر علي ايفايه ولا يقدر الا بعد العتق لانه
لا يمكن بيعه ثانيا ولا استسعاوه لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري انه يباع عليه ثانيا او يستسعي يمتنع
من شرايه فيودي الي امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر علي غرمايه فلا يشرع ولان الغرما بالخيار ان شاوا استسعوا
العبد وان شاوا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من خير بين شيين او اشيا فاختار احدهما بطل خياره في غيره
وليس له الجمع ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرما لم يكن لهم علي العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل
الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد اخر لانهم لما اختاروا البيع بطل اختيارهم غيره علي ما بيناه ولانهم لما باعوه ملكوا الثمن
للمشتري الاول ما اخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولي الاول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع
علي المشتري الاول وفي نفقة الزوجة يباع مرارا كلما تعددت لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فتكون دينا حادثا بعد
البيع ويتعلق دين الغرما بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله باي سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا
بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد او تصدق عليه به لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من

كسب

بيع الحر بالدين كان جايزا ثم انتسخ

شرط بيع العبد نفسه ان يكون المولي حاضرا

بين الكل ح

من خير بين شيين او اشيا فاختار احدهما بطل خياره في غيره وليس له الجمع

كسب تجارة يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارة فهو كساير اموال المولي فلا حق للعبد مقدم علي حق المولي
فانه لا ياخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من اهل الاستحقاق فلا يسلم للمولي الا بشرط الفراغ عن جانب العبد لان العبد ليس
باهل للملك فيخلفه كالمكاتب يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين ان يكون مكتسبا بطريق التجارة او غيرها كتركة
الميت ويسلم للمولي ما اخذ من العبد قبل لحوق الدين لانه حين اخذ منه كان فارغا عن حاجته فيخلص له بمجرد القبض ولو كان المولي ياخذه
من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له ان ياخذ بعد لحوقه غلة مثله استحسانا والقياس ان لا يجوز له ذلك لان حق الغرما مقدم
في كسبه علي المولي وجه الاستحسان ان في اخذ الغلة منفعة للغرما فانه يتركه علي حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم ياخذ
لحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب فكان ما ياخذ من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا اخذ منه اكثر من غلة مثله
فيسترد منه الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرما فلم يكن في اخذه فايدة لهم فيوخذ فيه بالقياس فيمنع فيتقدم فيه
حقهم قال وينحجر بحجره ان علم به اكثر اهل سوقه وقال الشافعي يحجر صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وهذا بنا علي
ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عنده وعندنا لا ينعزل حتي يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر ان يعلم العبد نفسه عنده
وعندنا يشترط هو يقول ان المولي يتصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف علي علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم
لتضرروا به لانه اذا اكتسب شيا فالمولي ياخذه وان لحقه دين يقيم البينة انه كان حجر عليه قبله فيتاخر حقهم الي ما بعد العتق
وهو موهوم وليس بمتحقق لا يدري ايعتق ام لا ومتي يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتي يعلموا دفعا للغرور
عنهم ويكتفي بعلم اكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفي الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان ان اعلام الكل يتعذر
او يتعسر وفيه حرج وهو مدفوع فيكتفي بالاكثر لان الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل
لم يصر محجورا عليه حتي لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار ماذونا له في حق من لم يعلم صار ماذونا له في
حق من علم ايضا لان الاذن لا يقبل التخصيص علي ما بينا ونقول ان الحجر لا يتجزي كما لا يتجزي الاذن لانه ضده فكان كل واحد
منهما لا يقبل التخصيص فيرجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في موضع
الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتي يستوعب الكل ولهذا اكتفي بتبليغ الرسالة الي الاكثر وحتي لا يعذر بعد ذلك
احد بالجهل باحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان في موضع لم يبلغه كدار الحرب ويبقي
العبد ماذونا له الي ان يعلم بالحجر كما يبقي الوكيل علي وكالته حتي يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد
الحجر ويلزمه قضا ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به وانما يشترط ان يكون الحجر شايعا فيما اذا كان الاذن
شايعا اما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار باحد قال ويموت سيده وجنونه
ولحوقه بدار الحرب مرتدا اي يصير محجورا عليه بهذه الاشيا علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من
التصرف يعطي لدوامه حكم الابتدا كانه ياذن له ابتدا في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه علي ما كان
عليه كانشا الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتدا وقد زالت الاهلية بالموت والجنون
وكذا باللحاق لانه موت حكما حتي يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان
الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشيا وبافتراق
الشريكين وكما اذا اخرجه المولي عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بملك احدهما ما لا تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان
كان لا يملك احدهما ابطالها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه قال وبالاباق اي
بالاباق ايضا يصير محجورا عليه حكما حتي لا يشترط ان يعلم اهل سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي لا يكون محجورا
عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن الا يري انه اذا اذن لعبده المحجور عليه الابق صح وجاز للعبد ان يتجر اذا
بلغه فلان لا يمنع بقاوه وهو دونه اولي فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار ملك المولي وقيام رايه

شرط الصحة الحجر علم العبد بها ان علم الحجر عند اكثر ... للشافعي

انما اشترط ان يكون الحجر شايعا اذا كان الاذن شايعا

ما لا يكون لازما من التصرف يعطي لدوامه حكم الابتدا

ولم يحتمل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا حجر المولي واخواته على ما بينا ولنا ان المولي لم يرض بتصرف عبد
المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتدا عندنا على ما ذكر
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فكذلك البقا ولين سلمنا فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها واما الغصب فان
كان المولي يتمكن من اخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب او كان للمالك بينة يمكنه ان ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه
فيجوز ان ياذن له ابتدا فكذا ابقاء دلالة وان كان لا يتمكن من اخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمتنع الاذن
ابتدا فكذا ابقاء لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن لا يعود قال والاستيلاد اي للامة الماذون
لها تصير محجورا عليها باستيلادها المولي وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولي اذا اذن لام ولده ابتدا
يجوز فكذا ابقاء وجه الاستحسان ان العادة جرت بتحصين امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال
في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان اولى
بالاخذ به ونظيره اذا قدم ما يدل لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة
قال لا بالتدبير يعني الماذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل
الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة
الحرية في المال وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر قال وضمن بهما قيمتهما للغرما اي ضمن المولي
بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه اتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرما لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع
يقضى حقهم قال وان اقر بما في يده بعد حجره صح وهذا عند ابي حنيفة سوا اقر بانه امانة عنده او غصب او اقر بدين
فيقضيه منه وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على اكسابه
قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولي من يده بعد حجره قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع
ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فاقر بعد الحجر بدين اخر او كان الذي في يده من المال حصله بعد الحجر
بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا يباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا
عدم اخذ المولي ما اودعه عبده الغايب المحجور عليه لان منع المولي من اخذه هناك فيما اذا لم يعلم انه كسب العبد
حتى اذا علم انه كسبه كان له ان ياخذ ووجه الاستحسان ان المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقرار
قبل الحجر عليه فيما اخذ المولي واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده الاكساب عن حاجته
واقراره دليل على تحققها بخلاف ما انتزعه المولي من يده قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولي ثابتة فيه حقيقة
وحكما فلا يبطلها باقراره وبخلاف اقراره بعد ما باعه المولي من غيره لانه بالدخول في ملك غيره صار كعين اخرى لما عرف ان
تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد اخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرجه من يده وبخلاف ما اذا كان
عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق اصحاب الدين تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم
فيتقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيتقدمون عليه وبخلاف
ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما ان حق الغرما لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته
لانها ليست في يده ولان ملك المولي في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله
بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولي لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت حكما للحجر وشرطه
ارتفاعه بالحجر ان لا يكون عليه دين لانه ان كان المولي ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين حتى يوفيه ولما كان شرط ابطال
يد العبد عدم الدين لا الحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليل ولا نكتفي بثبوت عدمه
الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولي الدخول وان كان

لو عاد من الاباق

اي لم ينفذ ... [illegible]

لان تعلق حق ...
ولا يفيد ...

الاصل عدم

الاصل عدم الدخول وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل شرطا لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم
دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقول له الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب الحال واذا لم
يثبت الحجر بمثل هذا العدم في حق ما في يده بقي الاذن على حاله في حقه كانه لم يحجر عليه قال ولا يملك سيده ما في يده
لو احاط دينه بماله ورقبته فبطل تحرير عبد من كسبه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده من كسبه
وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرما لانه يملك الماذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسبه
الرقبة لان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب خروج الماذون له عن ملكه حتى لو اعتقه نفذ عتقه فيه
وملك وطي الماذون لها فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع اصله فيكون مثله وتعلق حق الغرما به استيفا لا يوجب خللا
في ملكه ولو اوجب لما حل وطي الماذون لها اذ الوطي لا يحل بدون كمال الملك بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا في التركة وهي كلها
مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه عنه نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب
فالاقرب لان الصرف الى الاقرب انفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة
فلا يملكونه ولابي حنيفة ان ملك المولي انما يثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث
على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم
بخلاف رقبته لان المولي لا يخلفه في ملك رقبته بل كان ما لكا له من قبل الاذن فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب
فان المولي يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من اكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة الماذون
له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يغرم المولي للغرما قيمته لانه اتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو اتلف المولي ما في يده
من العبيد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده في ثلاث سنين
لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولي لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد
جارية عبده الماذون له وعليه دين مستغرق صارت ام ولده ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا
بالاتفاق لان عندهما ملكه باق حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولي ان يتزوجها ولو اعتقها المولي
وعلى العبد دين مستغرق ثم وطيها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند
ابي حنيفة لان العتق يتوقف عنده على ان ينفذ عند تملكه الجارية الا ترى انه لو قضي دين الغرما او ابرا الغرما العبد
من ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط قال وان لم يحط
صح اي ان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الاخر وفي
قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن وجه
قوله الاخر ان الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك لم
يوجد في الكل ولا يجوز ان يمنع نفوذه لان البعض ليس باولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين
ولو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود من الاذن واصله ان استغراق
التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق ففي قول ابي حنيفة الاول كذلك وفي قوله الاخر
يملك الوارث جميع التركة على ما يجي تقريره من بعد ان شا الله تعالى قال ولم يبع بيعه من سيده الا بمثل القيمة
لانه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز وبالقيمة فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرما تعلق بالمالية فليس له ان يبطل
حقهم بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث
لا يجوز عند ابي حنيفة لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض في العين فلا يملك ايثار
بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له ان يبيع جميع ماله بمثل القيمة وباقل منه الى

الولي الكامل دون كمال الملك



اذا باع المريض عينا من وارثه

للمريض ان يحابي بقدر الثلث

ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له ان يحابي بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع به وبعد موت المريض الغرما احق بالمالية والورثة احق بالعين حتى كان لهم ان يستخلصوها بالقيمة وكذا البعض اذا اسلم البعض وهذا الحق لهم في التركة كحق المولى في مال عبده الماذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرما في الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة اصلا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرما في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يومر المشتري بازالته والمولى يومر بازالته لان البيع باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويومر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون له على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو اذن فيما يشتريه بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرما واختلفوا في قول ابي حنيفة فقيل يفسد البيع لان رد هذا البيع للتهمة فاشبه بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح ان قوله كقولهما الا ان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبي والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما قال وان باع سيده منه بمثل قيمته او اقل صح لان المولى اجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين وعندهما ان كان الكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فيثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد قال ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه اي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشي لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرما لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به من الغرما اذ ليس هو بدين يجب في ذمة العبد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرما كما لو غصب العبد شيا من ماله او اودع ماله عند عبده او قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت للعبد الماذون له المديون دين على مولاه الا يرى انه لو استهلك المولى شيا من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قايما في يد العبد ويحبسه حيث يستوفي الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قايما في يده لانه يجوز ان تكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز ان يكون له ملك اليد فيه واما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه على عبده قال وله حبس المبيع بالثمن اي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان اخص به من ساير الغرما ولان للدين تعلقا بالعين لانه مقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما انه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا اسلم المولى المبيع اولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو باع المولى شيا من العبد باكثر من قيمته يومر بازالة المحاباة او ينقض البيع قليلة كانت المحاباة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرما كما بينا في جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز اليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله يومر بازالة المحاباة يدل على ان البيع يقع جايزا ويجوز ان يكون على الروايتين عند ابي حنيفة على ما بيناه هذا كله فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه

الاصح ان قوله كقولهما

ان لم يكن على العبد دين لا يجوز بيعه المولى

ح المولى

مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره قال وصح اعتاقه اي جاز اعتاق المولى عبده الماذون له المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في اكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال وضمن قيمته لغرمايه اي المولى ضمن قيمة المعتق لغرمايه لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرما بخلاف ما اذا كان الماذون له مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرما لان حق الغرما لم يتعلق برقبتهما استيفا بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيا وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين اكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بماليته فيضمنها كما اذا اعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الادمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين او لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين الدفع والفدا فيكون مختارا للفدا بالاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شي وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبرا او ام ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير ان يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال وطولب لغرمايه بعد عتقه اي لغرمايه ان يطالبوه بعد الحرية ان بقي من دينهم شي ولم يف به القيمة لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم ان يتبعوا العبد بالكل ويبرئوا المولى عنه لان دينهم عليه واذا اختاروا اتباع احدهما لا يبرا الاخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان واجب له على احدهما فاذا اختار تضمين احدهما بري الاخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو اعتقه المولى باذن الغرما فلهم ان يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج من الرهن باذنه والعبد الماذون له لا يبرا من الدين باذن الغريم ذكره في المحيط قال فان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرما البايع قيمته لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري قال فان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرما في العبد اي ان رد المشتري العبد على البايع بالعيب بعد ما ضمنه الغرما قيمته رجع المولى بقيمته على الغرما وكان حق الغرما في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الروية او الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضا فلا سبيل للغرما على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من دينهم شي رجعوا به على العبد بعد الحرية قال او مشتريه اي او ضمنوا مشتريه وهو معطوف على البايع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرما البايع وهو المولى قيمته او ضمنوا مشتري العبد قيمته لان كل واحد منهما متعد في حق الغرما البايع بما ذكرنا والمشتري بالشرا والقبض والتغييب قال او اجازوا البيع واخذوا الثمن اي الغرما ان شاوا اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم اجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير امره ثم اجازه لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله ان الغرما مخيرون بين ثلاثة اشيا اجازة البيع وتضمين ايهما شاووا ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البايع لان اخذ القيمة منه كاخذ العين وان ضمنوا البايع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع وايهما اختاروا تضمينه بري الاخر حتى لا يرجعون عليه وان توت القيمة عند الذي

عبارة الوقاية وصح اعتاقه مديونا قال صدر الشريعة سواء كان الدين محيطا او لم يكن انتهى

اعتق الراهن المرهون

المخير بين شيئين

اختاروه لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين
احدهما الذي ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة او باباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة
بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرما اكثر منه فهم بالخيار ان شاوا رضوا بالقيمة وان شاوا ردوها واخذوا العبد فبيع لهم لانه لم
يتم لهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكر في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في
المغصوب مشروط بان يظهر العين وقيمتها اكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعي الغرما اكثر مما ضمن وان كان حقهم لم يصل
اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز ان يكون قيمته مثل ما ضمن او اقل فلا يثبت لهم الخيار فيه
وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته اكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال وان باعه سيده واعلم بالدين
فللغرماء رد البيع لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعا او الاستيفا من رقبته وفي كل منهما فايدة فالاول تام مؤخر له
والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفايدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين
حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرما هذا اذا كان الدين حالا او كان البيع من غير طلب الغرما والثمن لا يفي
بدينهم فاما اذا كان دينهم موجلا فالبيع جايز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرما متاخر
بخلاف الرهن بالدين الموجل حيث لا يجوز له بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرما في العبد
الماذون له ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بماليته لنقضا الدين منه وذلك متاخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بطلبهم
لان البيع وقع لاجلهم واذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بانفسهم فلا ينقض وكذا اذا كان الثمن يفي بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم
قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع
ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم وفيه نظر لانه يشير الى انهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع
محاباة وان لم يف الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف
الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعا وقد ذكرنا بنفسه قبيله ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة
لوصول حقهم اليهم ولو قال تاويل المسلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف بدينهم
لهم نقض البيع كيف ما كان واذا وفى ليس لهم نقضه كيف ما كان واذا لم يوجد شي مما ذكرنا من تاجيل الدين وطلبهم البيع ووفا
الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرما وهي مسلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه باطل
واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه انه سيبطل لان البيع موقوف للغرما حق ابطاله وقال بعضهم معناه انه فاسد بدليل
ما قال في الاصل انه اذا اعتقه المشتري بعد القبض او دبره صح ذلك ويلزمه قيمته قال وان غاب البايع فالمشتري
ليس بخصم لهم اي لو باع المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البايع لا يكون المشتري خصما للغرما اذا انكره
المشتري الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكون المشتري خصما ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا
له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما لكل من ينازعه فيها له
كما لو ادعوا ملك العبد لانفسهم او ادعى رجل انه رهن عنده ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قايم بالبايع والمشتري
فيكون الفسخ قضا على الغايب والحاضر ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يودي الى ان لا نجعل خصما في الانتها
لانهم اذا اثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم لانه يعود الى ملك البايع وهو غايب وفي بيعه قضا على الغايب وهو لا يجوز بخلاف
ما اذا ادعوا الملك لان صاحب اليد يظهر في الانتها انه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما للمغصوب منه وبخلاف دعوى
الرهن لان فيه فايدة اذ الرهن لا يباع ولو صدقهم المشتري في الدين كان للغرما ان يردوا البيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه
فيفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البايع حاضرا والمشتري غايبا فلا خصومة بينهم وبين البايع بالاجماع حتى يحضر

المشتري

لا يجوز بيع الراهن
الرهن بالدين
المؤجل

ما ضاق على الناس امره اتسع
حكمه وما عمت بليته سقطت
قضيته

اجماع المسلمين حجة يخص به الاثر
ويترك به القياس

المشتري لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو غايب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم لكن
لهم ان يضمنوا البايع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبايع
وان اختاروا اجازة البيع اخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى ببيع عبده الماذون
له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفدا بالقيمة وببيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفدا بالارش
لان الدين هنا على العبد بحيث لا يبرا بالعتق ولا يجب على المولى شي ولو اختار المولى الفدا صار محابيا فقال انا اقضي دينه كان
عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع بتصرفه تعين الارش
عليه وبقي واجبا على حاله قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة
اي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه والمسلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له
فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
وكذا القياس ان يشترط العدالة في المخبر لان جانب الصدق بها يترجح وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا من غير اشتراط
شي من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه
واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا
القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشي منه
فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب
المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على الصلاح ما امكن تجا لعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا
للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار انه ماذون له بل يكتفى بظاهر حاله فاذا ثبت انه ماذون له بظاهر حاله صحت
تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا تباع رقبته لان ملك المولى
في الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه ان يباع به الا يرى ان المدبر وام الولد لا يباعان
بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل عن حاجته قال
فان حضر واقر باذنه بيع والا فلا اي لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه
كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا اثبت الغرما الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذ
هي مبينة كاسمها قال وان اذن للصبي او المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد
الماذون له يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي
حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك
من الاحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع ان يعلم ان البيع سالب للملك والشرا جالب له وان يقصد به الربح
ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفاته واصل الخلاف بيننا وبينه في ان عبارته صالحة
للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر او النفع المحض وعنده غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف جاز
وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم في هذه الاية ونهى عن الدفع الى السفها في الاول وهما سفيهان وليسا
بالغين ولانهما محجور عليهما لاجل انفسهما شرعا وعلة الحجر قايمة بهما فلا يزول بالاذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق
غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان ان يكونا
وليين للتنافي لان كونهما موليا عليهما بسبب العجز وكونهما وليان بسبب القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار
كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبي احد ابويه على اصله لان الولي لا يتولى هذه الاشيا فلاه

المراد بالصبي
والمعتوه الذي
يعقل البيع والشراء

وليين

يكون موليا عليه فيها فلا تثبت في حقه منه لان فيه ضرورة لعدم امكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كي لا تفوت
هذه المصالح بخلاف البيع والشرا **ولنا** قوله تعالى وابتلوا اليتامى امر بالابتلا وهو الامتحان والاختبار ممن هو رشيد ام لا
وذلك بان ياذن له في التجارة وهذا يفيد ان الصغير اهل للتصرف وان تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير
الذي لم يبلغ لقوله عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم وهذا امر بدفع اموالهم اليهم فلولا
ان تصرفه معتبر شرعا لما امر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من
اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفا في شرعية التصرف والمحلية
وكذا في الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فتثبت الولاية
صونا لكلامه عن الالغا والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف
اذ لا ياذن له ظاهرا الا بعد معرفة هدايته وبقا ولاية الولي لاجل النظر له ليتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين
بمباشرته ومباشرة الولي وملك الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله موليا عليه ومتى
جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه فحاصله انه يعرف المصالح ويتبعد من المضار وهو مستحق للنظر
ومصون عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره اهداره آدميته والحاقه بالبهايم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان اذن له الولي **و**النافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن ويملكه
والمتردد بينهما كالبيع والشرا والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه قبله لاحتمال مع انه اهل للتصرف لما ذكرنا
حتى لو باشر قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل
مميز ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ
في التصرف النافع وبالمجنون في الضار وفي المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده **ولا يقال** قد يقع البيع ايضا نفعا محضا
بان باع شيا باضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغي ان ينعقد بغير اجازة الولي لان العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال
والبيع في اصل وضعه متردد بخلاف الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والمنهي عن الدفع في الآية
اموال الناس كلامنا وقع في اموالهم **و**المذكور في الآية الثانية الدفع اليهم اموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم وذلك لا ينفي الدفع
في غير تلك الحالة لما عرف ان تخصيص الشي بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على انا لا نسلم انه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيمن علم
رشده فلا يتناوله النهي **و**المراد بالولي وليه له تصرف في المال وهو ابوه ثم وصي الاب ثم جده ابو ابيه ثم وصي جده ثم الوالي ثم
القاضي او وصي القاضي **و**اما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ او غيرهم كالام ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم
له لانهم ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها **و**الاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له
في التجارة **و**كذا للصبي او المعتوه ان ياذن لعبده ايضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه ان ياذن لابيه المعتوه
ولا ان يتصرف في ماله **و**كذا اذا كان الاب مجنونا لان ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الراي
وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الراي فيملكانه ووصيهما قايم مقامهما
مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه **و**ان بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه
ابو بكر البلخي رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول ابي يوسف **و**يصح استحسانا وهو قول محمد **و**ليس للصبي والمعتوه
المأذون لهما ان يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من التجارة الا ان ياذن لهما الولي بالتزوج او بتزويج الامة لان الولي يملك ذلك
فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد
ايضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند اطلاق الاذن فحاصله ان الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع
ما ذكرنا من الاحكام الا ان الولي لا يمنع من التصرف فيما لهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى

والفرق

المراد بالولي

ليس للابن المعتوه ان ياذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله

والفرق ان اقرار الولي عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بما لهما وانما هو في الذمة لانهما حران
فكان للولي ان يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله **فان قيل** اذا لم يملك الولي الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة
منه **قلنا** لما انفك الحجر عنهما صارا كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على انفسهما بخلاف الولي لانه اقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا
ولانهما لو لم يقبل اقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فالحاجة الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان
الضرورة فيها حتى لو اقرا بعين موروثة في ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روي الحسن عن ابي حنيفة لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس
من باب التجارة **و**في ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا ان انفكاك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال والله اعلم **فصــل**
غير الاب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد مطالِبا ومطالَبا ومسلِّما
ومتسلِّما وهو محال **و**كذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر **و**يجوز استحسانا لانه بكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته
مقام عبارتين ورايه مقام رايين فيجعل كانه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق لحق الابوة لا لحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير
كانت العهدة على الصغير **و**فيما اذا باع ماله من اجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم
العقد لا يؤدي الى الاستحالة **و**لو اشترى مال ولده الصغير او باع ماله منه بغبن يسير صح **و**يكفيه ان يقول بعته منه
او اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين **و**لان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا **و**لهذا ينعقد بالتعاطي من
غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا **و**لو وكل رجلا بان يبيع عبده من ابنه الصغير او يشتري عبده له ففعل
لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة ولا يمكن الحاقه بالاب فبقي على اصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه
يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على ابيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض
لانه من باب النظر فيجعل الاب منتصبا للصغير تحقيقا للنظر **و**لو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله او باع الاب
مال احد ولديه بمال الآخر او اذن لهما فيه او لعبديهما او جعل لكل واحد منهما وكيلا او وصيا **و**لو اذن لهما او
لعبديهما او وصييهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف
ما لو اذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه **و**صح بيع الوصي ماله من الصبي او شراؤه منه بشرط نفع
ظاهر وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم **و**قيل ما يساوي الفا بثمانماية **و**هذا عند ابي حنيفة رحمه الله **و**عندهما لا يجوز لما
مر من الاستحالة **و**له ان الوصي مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فنعتبر حقيقة النظر ليلحق بالاب **و**يروى رجوع ابي يوسف الى
قول ابي حنيفة رحمه الله والله اعلم بالصواب

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشي
من الغير على وجه القهر مالا كان او غير مال حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب **و**قد زيد عليه اوصاف
في الشرع على ما نبين **قال** رحمه الله **هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة** في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير
اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوايد المغصوب اذا هلكت بغير التعدي لعدم ازالة يد المالك ولا ما زرع المغصوب بغير
صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها اخرى او ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه **و**كذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى
ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة **و**كذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر او غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب **و**ما لا يقبل
النقل كالعقار **و**عند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير **و**عند الشافعي هو اثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن
العقار عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها **و**لا يضمن زوايد الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها **و**عند الشافعي
يضمنها لوجود اثبات اليد فيها وسنبينه من قريب ان شا الله تعالى **قال** **فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس
على البساط** لانه باستخدام عبد الغير او الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك اثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده
ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه **و**لهذا لا يترجح به على
المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل

على انفسهما

انفكاك حجرهما بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال

عن الاب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

ثم حكم الغصب المأثم ان تعمد والمغرم وشرطه ان يكون المغصوب مالا متقوما قال ويجب رد عينه في مكان غصبه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولقوله عليه السلام لا يحل لاحدكم ان ياخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه فليرده عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع انها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود الى ما كان ووجهه رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرا الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه او نحو ذلك من تسليم بايداع او شرا ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى يجب لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب يصح مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين تدل على ان الواجب هو المثل او القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرا الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرا برده باي وجه كان وان لم يعلم البايع بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي عين كان وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فباي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فلغي ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه ولغي ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتادى الا بالتعيين لعدم التعين وعند الشافعي رحمه الله لا يبرا الغاصب باكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لان هذا ليس برد بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في اكل مال غيره ما لا يرغب في اكل مال نفسه ولو علم المالك لم يكن راضيا بتقديمه له للاكل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا يمتنع وتوعد عن الواجب قال او مثله ان هلك وهو مثلي اي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد امكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان اعدل واتم في جبر الفايت فكان اولى من القيمة والاسم ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه اعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا انه اعدل وتسميته في الاية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة وانما سميت بها مجازا وكذا هذا الثاني ليس باعتداء قال وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة اي ان انقطع المثلي عن ايدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يوميذ وهذا لان المثل اعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لانها خلف عنه ولا ينبغي وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف ان المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة ان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر حتى يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق التي تباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معزيا الى ابي بكر البلخي قال وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه

اي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه وتحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي ان انسا رضي الله عنه قال كنت في حجرة عايشة رضي الله عنها قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من بعض ازواجه عليه السلام فضربت عايشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ياكل من الارض ويقول غارت امكم غارت امكم ثم جاءت عايشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور تفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه السلام في عبد بين رجلين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عايشة رضي الله عنها كان على طريق المروة ومكارم الاخلاق لا على طريق ادا الواجب اذ كانت القصعتان للنبي عليه السلام ومعنى قول علي تفك الغلام بالغلام اي بقيمة الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمته تفسيره يروي انه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والاية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الاية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة ولا معنى ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا لانه فهمه من الاية والمراد بالمثلي المكيل والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في المعدود لم يثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربوا فلا يقطع بكون المضمون مثلا للمتلف فيصار الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فامكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية وما لية هذه الاشيا متساوية فان الفلس يماثل الفلس في المالية وكذا الجوز والبيض ولهذا لا تتفاوت قيمة احاده عرفا وكانت المماثلة فيه اتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفايت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون ايضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداة وذلك يعرف بالاجتهاد واوضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف الا بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذ لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتفاوت كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست قال فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقي لاظهره ثم قضي عليه ببدله لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المدين الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكل الى راي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك واقاما البينة فبينة الغاصب اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان والاخذ ينكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب قد كان ثابتا باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يؤول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت قال والغصب فيما ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول على ما بينا قال فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي يضمن وهو قول ابي يوسف اولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات

اليد المنافيتين على شي واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست هي الاعبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكان في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفا يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضا وقوله عليه السلام من غصب شبرا من ارض طوقه الله يوم القيمة من سبع ارضين نص على انه تحقق فيه الغصب ولنا ان الغاصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا ابعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا يلزم ولين سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو اقام الشاهد البينة ان ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزا في الاخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل على ان المذكور جميع جزايه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه امس وزيادة الضمان عليه تكون نسخا ولا يجوز ذلك بالراي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في قوله عليه السلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف ان في لسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب واقر الغاصب بذلك وكذب المشتري او باعه من غير غصب واقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البايع عندهما لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال

وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي وهذا بالاجماع والفرق لهما انه اتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده الا يرى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستاجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة تعتبر ذلك بالشرا يعني انه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعد نقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة للقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية ان محمد ابن سلمة رجع الى قول نصير ثم ياخذ الغاصب راس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المونة قدر كر ونقصها قدر كر فانه ياخذ منها اربعة اكرار ويتصدق بالباقي وقال ابو يوسف لا يتصدق بشي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الغايت يملكه باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فيتبين انه حدث في ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقصها لانعدام الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا لم تنقص بالاستغلال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر في حق انعدام الخبث قال وان استغله تصدق بالغلة كالوتصرف في المغصوب والوديعة وربح اي ان استغل المغصوب بان كان عبدا مثلا فاجره فنقصه الاستغلال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف في المغصوب او الوديعة بان باعه وربح فيه اما الاول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في المسئلة التي قبلها وكان ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسئلة الاولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل جميع اجزايه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزايه كلا او بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شي من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعدان رده في مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوت الجزء وان كان ربويا

لا يمكنه

لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يودي الى الربوا اذ الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان ياخذه ولا شي له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه او قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالاجارة كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف والوجه قد بيناه ولو هلك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث كان لاجل المالك فاذا اخذ المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم ويبرا منه عن القيمة فكذا هنا بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعدما استغله وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يوديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فحينئذ هو على غيره من الفقرا باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه كما ان الملتقط له ان يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا اصاب مالا تصدق بمثله اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شي عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره من الفقرا واما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح فهو على وجوه اما ان يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض او لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على اربعة اوجه اما ان اشار اليه ونقد منه او اشار اليه ونقد من غيره او اطلق اطلاقا ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا اشار اليه ونقد منه لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تاكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال ان تناول منه قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه انه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فيثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق بشي منه والوجه ما بينا وهذا بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بان ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام او عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح قال

ومن غصب شيئا فتغير في يد الغاصب نظيره وملك بلا حل انتفاع قبل اداء الضمان بشي وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف واناء غير الحجرين وبنا على ساجة لانه لو لم يملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظلما والظلم لا يزال بل ينصف ثم الضابط فيه انه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها او اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها اصلا او الا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها وما ذكر من شي اللحم وطبخه وطحن الحنطة وزرعها واتخاذ الحديد سيفا او اناء او اتخاذ غيره مثل الصفر اناء والبنا على الساجة بعد المنابذة فيملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكها باتخاذه اواني او بضربه دنانير او دراهم عند ابي حنيفة وهو المراد بقوله غير الحجرين وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وقد بيناه من قبل وعن ابي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفي به دين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل او القيمة فان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به من ساير غرمايه على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الابق لعدم تحكم رضاه بطلان حقه فصار كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البايع قبل ايفاء الثمن بل اولى لان الملك اقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد به فاولى ان لا يبطل به حق الملك للشافعي ان العين ملكه فيبقي ملكه ما بقيت العين ويتبعها وصفها اذ هو قايم بها فينزح هو لكونه صاحب اصل ولان الدقيق حنطات فرقت اجزاوها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتاريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك

لو ركب دابة الغير بغير اذنه

تفسير النقصان

المضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب

تضمن الا وصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل

الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية

بعده

المراد بالحجرين هنا

المحظور لعينه لا يمتنع ان يكون سببا لحكم شرعي

علي اصله فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الما او الهوا من غير صنع احد ولنا انه استهلك
العين من وجه الا يري ان المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتي صار له اسم اخر وقد احدث فيها الصنعة
وهي حق للغاصب وهي قايمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا علي الاصل الذي هو فايت من وجه فكانت اولي بالاعتبار
وهذا لان الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب احق بكسبه مع عين وان كان في محل مملوك للغير لان
الحكم يضاف الي العلة لا الي المحل وذات حقه قايم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان اولي من الترجيح بالاصل لانه يرجع الي الترجيح بالحال
وهو البقا وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به اولي لان الحالة قايمة بالذات والمحظور لعينه لا يمتنع
ان يكون سببا لحكم شرعي الا يري ان الصلاة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف
ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتاريب لا تفوت به المقصود بالذبح
فلا تحصل به تبديل العين فبقيت علي ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم اخر فصارت كعين اخري حصلها
بكسبه فيملكها غير انه لا يجوز له الانتفاع به قبل ان يودي الضمان كيلا يلزم منه فتح باب الغصوب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه
قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها الاساري ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه لما قال ذلك والقياس
ان يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك
لغيره وجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل علي الحل الا يري ان المشتري شرا فاسدا ينفذ تصرفه
فيه مع انه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذ او حكم الحاكم بالقيمة او تراضيا علي مقدار حل له الانتفاع لوجود الرضا
من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي وقال ابو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة
يجوز له الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل واما الذهب والفضة
فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يملكهما الغاصب بضربهما دنانير او دراهم او اواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع انه احدث
فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه ولم يستهلك من وجه ما الا يري ان الاسم لم يتغير
ومعناه الثمنية وهو ايضا باق وكذا كونه موزونا باق ايضا حتي يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة ايضا مطلقا
الا يري انه لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بني حولها
واما اذا بني عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بني في الارض
المغصوبة وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك كيف ما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لانه وجد عين ماله فكان احق به بالنص وعندنا
انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة
فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن ادمي او ادخل لوحا مغصوبا في السفينة وكان في لجج البحر هذا اذا كانت قيمة البناء
اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الي الذخيرة ٥

قال ولو ذبح شاة او خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب اليه او ضمن النقصان وكذا لو ذبح وقطع اليد او الرجل كالذبح
لان هذه الاشيا اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيتخير بين تضمين
جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه واخذه وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح
والسلخ زيادة فيها لا نقطاع احتمال الموت حتف انفها وامكن الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوت
بعض الاغراض علي ما بينا انفا ولو كانت الدابة غير ماكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه لانه ينتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله
من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع قال وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه يعني مع اخذ عينه
وليس له غير ذلك لان العين قايمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان واختلفوا في حد الخرق

الكبير واليسير قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لا سوا
الهالك والقايم فيتخير المالك بين ان يميل الي الهالك او القايم والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقي
بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق
من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع
مع بقايها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام اكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل بهما ومتي امكن
العمل بهما لا يصار الي الترجيح ولا يشتغل به وهنا امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار فلا يعتبر في الراجح وذكر
في النهاية ان الفاحش هو المستاصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في شرايه وعزاه الي الحلواني
وقال شمس الايمة السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من
الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع علي
الغاصب بشي وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله او قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يودي الي الربا هذا اذا قطع الثوب
ولم يحدث فيه صنعة واما اذا احدث فيه صنعة بان خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره في النهاية ٥
معزيا الي الذخيرة قال ولو غرس او بني في ارض الغير قلعا وردت اي قلع البناء والغرس وردت الارض الي صاحبها لقوله
عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره
وقام ليله قال الله تعالي فيها يفرق كل امر حكيم ولان الارض باقية علي ملكه اذ لم تصر مستهلكة والمغصوبة حقيقة ولا وجد
فيها شي يوجب الملك للغاصب فيومر بتفريغها وردها الي مالكها كما اذا اشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة
اكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء اكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذها ذكره في النهاية وعلي هذا لو ابتلعت
دجاجة لولوة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الاخر وعلي التفصيل لو ادخل فصيل غيره في داره وكبر فيها
ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلي هذا التفصيل لو ادخل البقر راسه في قدر من النحاس فتعذر اخراجه قال
وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فيتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته
مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له ان يستديم فيها فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفته ان تقوم الارض وبها
بنا او شجر استحق قلعه اي امر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بنا ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس يضمان القيمة
مقلوعا بل هو ضمان القيمة قايما مستحق القلع وانما يكون ضمان القيمة مقلوعا ان لو قوم البنا والغرس مقلوعا موضوعا في الارض
بان يقدر الغرس حطبا والبنا اجرا ولبنا او حجارة مكومة علي الارض فتقوم وحل من غير ان يضم الي الارض فيضمن له قيمة الحطب
والحجارة المكومة دون المبنية قال وان صبغ او لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق او اخذهما
وغرم ما زاد الصبغ والسمن يعني اذا غصب ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض ومثل
السويق وان شا اخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب يومر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل
بقدر الامكان ويسلمه الي صاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز
ممكن فصار نظير الغرس والبنا في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وجنايته لا يسقط
تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب اولي بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو قايم بالاصل وكذا
السويق اصل والسمن تبع الا تري انهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز والتمييز ممكن فيه بالنقض
وله وجود بعد النقض فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشي بالغسل فلا يمكن ايصاله الي صاحبه وبخلاف ما اذا ٥
انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يومر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ الي صاحبه لانه لا
جناية من صاحب الصبغ حتي يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال ابو عصمة في مسلة الغصب ان شا رب الثوب

ترجيح الوصف على الاصل اذا كان قايما

الصلاة في الارض المغصوبة

كيفية معرفة التقويم

بخلاف البناء والغرس

باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن ايضا لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه ويأتي هذا
فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ انه يضمن قيمة مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق
والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا
كالخبز وما روي عن ابي حنيفة ان الغاصب اذا اصبغ الثوب اسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر
وزمان فان بني امية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنوا العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهد
من عادة اهل عصره ولا خلاف بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد
بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى بالتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه
الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بان كانت قيمته ثلثون درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ينظر
الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة ياخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان
نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة
رواه هشام عن محمد وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان يطالب
هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب
بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا **فصل قال ومن غيّب المغصوب وضمن قيمته ملكه**
وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح
المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشارع فوجب ادنى
درجات السبب ان يكون مباحا كيلا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي عنه لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة
الاباحة كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل
اذا كان يحتمله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل او ضرورة حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فانه يستحيل
واسمه ينبيك عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام القائم فاذا اثبت ملكه فيه على الكمال وجب ان يزول ملكه في المبدل
ليتحقق معنى هذا الاسم وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الفائت كالبدل ولا يقال هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك
لان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو كسر قلب غيره فقضى عليه
القاضي بقيمته واخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات
من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع امكان
تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت الملك دلالة
ضروريا وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بيعا من كل وجه فلا يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت
فيما هو سبب للملك مقصودا فلا يتعداه واما المدبر فنقول يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر المدبر
وظهر له كسب كان للغاصب الا انه اذا ظهر المدبر يعاد الى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر او نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل
الضمان بدلا عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة او عن العين من غير ان يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر
يقبل النقل من ملك الى ملك ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينعقد البيع بعد القضاء
لكونه قنا بعد انفساخه والجواب عما قاله ان رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب
لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب
شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب

بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف او الذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة ايضا لانه سبب
موضوع للملك فيستند من كل وجه **قال والقول في القيمة للغاصب والبينة للمالك** لان الغاصب منكر والمالك
مدع ولو اقام الغاصب البينة لا يقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال فيه بعض مشايخنا ينبغي
ان تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البينة لاسقاط اليمين الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة تقبل قوله
ولو اقام البينة تقبل بينته ثم قال وكان ابو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة من المشايخ من فرق بين هذه المسألة
وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح **قال فان ظهر وقيمته اكثر وقد ضمنه بقول المالك او ببينته او بنكول الغاصب فهو
للغاصب ولا خيار للمالك** لانه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه **قال وان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضي
الضمان او ياخذ المغصوب ويرد العوض** لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما اخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به
ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه الله لا
خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات
هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله ان لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار المالك اخذ العين فللغاصب ان
يحبس العين حتى ياخذ القيمة التي دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بيناه
قال وان باع المغصوب وضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا اي لو باع الغاصب المغصوب او اعتقه ثم ضمنه
المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا او ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه
دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد اصل من وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده اصل من كل وجه
والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من
المكاتب بل من الماذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف
وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل
على انه تام ان الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة وكذا لو تصارف الغاصبان
وتقابضا وافترقا واجاز المالك بعد الافتراق جاز الصرف وكذا البيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه
لما كان كذلك **قال وزوائد المغصوب امانة تضمن بالتعدي او بالمنع بعد طلب المالك** وقال الشافعي هي مضمونة على الغاصب
ولا فرق بين ان تكون الزيادة متصلة او منفصلة وكانت بالسعر على المذهبين للشافعي انها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها
لما عرف ان الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه الا يرى ان ولد ام الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة يسري
اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم امه ولان الغصب هو اثبات اليد على ملك الغير
بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب تحققه في الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم
ولنا ان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق
تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعدي وانما يضمن ولد الظبية عند لوجود المنع
منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مامور به كما اخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى
الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد او لم يتمكن فهو ضمان اتلاف
لان الصيد كان في الحرم امنا بعيدا عن ايدي الناس وقد فوت عليه الامن باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا
لو اخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم
الا قيمة واحدة يوضحه انه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لان ازالة الامن لا يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية اولى واحرى
قال وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها اي اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان

قد تقبل البينة لاسقاط اليمين

ايضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد

الملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق

الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة

لو اخرج جماعة محرمين صيدا واحدا من الحرم

مضمونا على الغاصب وان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به سقط بحسابه
وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك
الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة او بغيره من الاسباب وكما لو جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه
غيره او خصي عبد غيره فازدادت قيمته به او علمه فاضناه التعليم وازدادت به قيمته فانه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة
التي حصلت به وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات
جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به الا يرى انه لا يجوز التصرف فيه بيعا
وهبة ونحوهما فاذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة او اكثر ثم رجعوا
عن الشهادة لا يضمنون لانهم اخلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده
عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة
والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب ان يرد ما غصب وماليته كما غصبه من غير نقصان فاذا
فعل ذلك بري من الضمان الا ترى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثل ما كانت
فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سنها او قلعه الغاصب فنبت مكانه اخرى فردها
سقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا الجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار لملكه منفصلا بعضه عن بعض
بعد ان كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه يردهما ولا شيء عليه غيرهما اذا لم ينقص بالقطع وكذا الظبية ممنوعة فان
نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة في رواية عن ابي حنيفة فانه روي عنه ان الام اذا ماتت
وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من
قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فيكون
موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الالام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما
اذا اتحد واما اذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة له الخصاء ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة
لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا وانما يجب عليه قيمته غير خصي
وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصا ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع
بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى انه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصا مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل
فان الغاصب اذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصا مع رد المخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم
غصبه وترك المخصي للغاصب وان شاء اخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا الى التتمة وقاضي خان فكان الاقرب هنا ان يمنع
فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسايل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب
النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه قال ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة
ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا تضمن الامة ايضا الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها
معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا
يضمن الغاصب الا النقصان كما اذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت من تلك الحمى او زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد
الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا وكذا المبيعة اذا اسلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم به
المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البايع بشيء من الثمن اتفاقا ولابي حنيفة انه لم يردها كما اخذها لانه
اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها او دفعت
بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب وتفسد

به الرد

به الرد ولا يجب ردها اصلا فافترقا وفي فصل الشرا لا يجب الرد بل ابتدا التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت
العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه تسليم المعيب وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفي الغصب
السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل ما اخذها لا يعتد به فافترقا على انه ممنوع فيجب على البايع رد الثمن كما لاستحقاق
وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الالام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه
ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال ولا يضمن منافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف اي لا يضمن منافع المغصوب
وخمر المسلم وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله ولا يضمن الحرة اما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي ه
تضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما يميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه
الصفة الا ترى انه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغا النكاح الا بالمال بالنص ولولا انها مال لما صحت صداقا ولهذا اجازت
الاجارة من العبد التاجر ولولا انها مال لما ملك لانه لا يملك العقد بغير المال واوضح منه ان الاعيان انما تصير مالا باعتبار
الانتفاع بها وما لا ينتفع به فليس بمال فاذا لم تصر الاعيان مالا الا باعتبارها فكيف ينعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها
التقوم عبارة عن العزة لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل تقوم الاعيان باعتبارها
فيستحيل ان لا تكون هي متقومة ولنا ان عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها
على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها
مع اولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب
لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك
فيها لانها اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها
او بعد وجودها وكل ذلك محال اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن واما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الموجود
رفعه فاذا قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت اموالا مضمونة
تضمنت بالمنافع لكونها مثلا لها وهو اعدل فاذا لم تضمن بها لا يمكن ان تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لان
ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة اجيزت للضرورة او لكونها برضى
المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوي الا ترى ان بيع الشيء باضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان
فبطلت المقايسة فاذا لم تكن للمنفعة مثل لا يمكن القضا ببدلها فيؤخر الى دار الجزا حتى يحكم الله له بمثله لان عدم القضا
للعجز لا لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة الكلمة لا ارش لها في الدنيا وانما يحصل له من غيره وقوله
مال متقوم لا نسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوايب الدهر وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا
والدليل عليه انه يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ولا يقال فلان متمول ولا له مال بالماكول والمشروب
وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له اعارة جميع ماله ولو كان المنافع مالا لما جاز
الا من الثلث وجوازها مهرا باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضي ولهذا اجازة الاجارة من العبد التاجر واحد الشريكين
والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوق لمصالحنا الى اخره قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز سمي مالا والمنافع ه
لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقايها على ما بينا واما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد فيهما
قال وضمن لو كانا لذمي اي ضمن متلف الخمر والخنزير ان كانا لذمي وقال الشافعي لا يضمنهما لذمي ايضا
وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي له انهما غير متقومين في حق المسلم فوجب ان يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع
لنا في الاحكام قال عليه السلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي
ان كل حق ثبت في حق المسلمين ثبت في حقهم لا ان حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام

وثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما في حقهم ولا يبيع بيعهما كما في حق المسلم ولنا انا امرنا ان نتركهم وما يدينون الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جايز لهم لما امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان احدا لا يعتقد تمولهما وبخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد لانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على مثله الضمان ولا على من اشتراه الشرع ولا يعتقد صحيحا ثم المسلم اذا اتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل اعدل ولو اسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شيء على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر فكذا لو اسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم اسلم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو رواية عن ابي حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن ابي حنيفة لان الاسلام الطاري بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطاري ولابي يوسف ان قبض الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها ايضا لانها لو وجبت لا تخلو اما ان تجب باعتبار اصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت او تجب باعتبار انها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك ايضا لان من شرط البدلية تمليك ما في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم لان المسلم لا يقدر ان يتملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف القلب المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يصير موجبا للملك في المحل كما في غصب المدبر **قال وان غصب خمرا من مسلم فخللها او جلد ميتة فدبغه فللمالك ان ياخذهما ويرد ما زاد الدباغ** اي ياخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ باخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرض ونحو ذلك والفرق ان التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته ان ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل **قال وان اتلفهما ضمن الخل** فقط اي ان اتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل ان يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد ايضا مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه لو وجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كما في الوديعة والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية والمستاجر وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا ان الهلاك لا يفارق

الاستهلاك

يبيعه

لدم

طريق معرفة ما زاد الدباغ

الاستهلاك وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضي لاحدهما بالدراهم وللاخر بالدنانير واما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي حنيفة ان ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد لهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع بعد لها وبخلاف الزكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل له به حق بالكلية فضلا ان تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه واما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه الا ترى ان المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البايع بثمن يجب عليه له لا يجب على البايع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك كما في مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم ولو كان قايما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشيء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان للثوب قيمة وقيل عند ابي يوسف ومحمد له ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه ان صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشيء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا او جرابا او زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يملكه على ما بينا ثم ان كان الجلد له ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكر في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي ان يكون على الخلاف والتفاصيل الذي تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه بالخلط بماله استهلكه لان الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو او بغيره وعندهما اخذ المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه ان يعطيه مثل الخل هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان عندهما ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من انه ليس له ذلك بالاتفاق او عند ابي حنيفة وحده وعندهما له ذلك وقد بينا وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو مبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شيء عند ابي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها او بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال ابو حنيفة لانه استهلاك وان صارت لمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند ابي حنيفة لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن

لو خلل الغاصب الخمر بالقاء الملح فيه

الديك المقاتل

الكبش النطوح

بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى قاضي خان عن الحلواني قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وصح بيع هذه الاشيا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عليه السلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه السلام اذا راى احدكم منكرا فليغيره بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بامر اولي الامر كالامام لا يضمن فبامر الشرع اولى ولابي حنيفة انه اتلف مالا ينتفع به من وجه اخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى اولي الامر لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على انه يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي وتجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه وقد امرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو واما الدف والطبل اللذان يضربان في العروس او الغزو فيضمن بالاتلاف ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند ابي يوسف لا يضمن لانه قد لا تتيسر الاراقة الا به ذكر في النهاية ان الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وذكر الصدر الشهيد في باب العدوى والاعدا من ادب القاضي رواية عن اصحابنا رحمهم الله انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير ايضا قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه احرق البيت على الثقفي حين سمع ان شرابا في بيته وقد هجم عمر رضي الله عنه على نايحة في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا امير المومنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وتكلموا في قوله لا حرمة لها قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالاما وروي ان الفقيه ابا بكر البلخي خرج على بعض نهر وكان النسا على شطه كاشفات الروس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا بما روي عن عمر رضي الله عنه ثم الامر بالمعروف فرض ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم انه يهان بذلك او يضرب على ذلك او تقع الفتن فتركه افضل ولو علم انه يصبر على الضرب والضرر ولم يشك الى غيره بذلك نمر فلا باس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم انهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر افضل قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا ام الولد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ام الولد ايضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتاق والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وهي في اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفايزين تقول شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم الماخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة قال رحمه الله هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه هذا في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه اوصاف من التملك للبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار لا سيما اذا كان يعاديه واضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة او لا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شرا مبتدا حتى تثبت بها ما يثبت بالشرا نحو الرد بخيار الرؤية والعيب قال

تعين قيمة الصليب كما الملغه

لو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما

الامر بالمعروف

وهو لا يضر

بلغ مقابلة على خط المصنف رضي الله عنه

كما قيل

ويجب الشفعة

ويجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق لما روي جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حايط لا يحل له ان يبيع حتى يوذن شريكه فان شا اخذ وان شا ترك وان باعه ولم يوذنه فهو احق به رواه مسلم والنساي وابو داود وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركا في الارضين والدور رواه عبد الله ابن احمد في المسند وقال عليه السلام الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا رواه ابو داود واحمد والدارقطني وابن ماجة وقال عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره رواه احمد وابو داود والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الجار احق بسقبه ما كان رواه احمد والنساي وابن ماجة وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكرناه هنا لانها وجبت لدفع الضرر الدايم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان اكثر اتصالا كان اخص بالضرر واشد تعبا معه فكان احق بها لقوة الموجب لها فليس للاضعف ان ياخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك فحينيذ ياخذ اذا اشهد بانه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن ابي يوسف انه لا ياخذ وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له ان ياخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر انه قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وقال عليه السلام اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذي وصححه وقال عليه السلام اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة رواه ابو داود وابن ماجة بمعناه ولان الشفعة ثبتت على خلاف القياس كيلا يلزمه مونة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لانه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده في المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة كالبير والحمام والبيت الصغير لوقوع الامن من لزوم المونة ولنا ما روينا والمراد بما روي والله اعلم انها لا تجب للجار بقسمة الشركا لانهم احق منه وحقه يتاخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم ان الشفعة وجبت لدفع اجرة القسمة وكيف يكون ذلك واجرة القسمة مشروع وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري باخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام ولو كان لدفع اجرة القسمة لوجبت في المنقول وقوله ان كان خاصا اي الشرب او الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص ان يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين الشفعة لان في العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم كلهم ان يمروا فيها ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا في كتاب الشرب والشرب الخاص عند ابي حنيفة ومحمد ان يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض من الاراضي التي يسقى منها لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان اهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدره بما لا يحصى بخمسماية وبعضهم باربعين وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى راي المجتهدين في كل عصر فان راوهم كثيرا كانوا كثيرا وان راوهم قليلا كانوا قليلا وهو اشبه الاقاويل قال والشريك في خشبة على الحايط وواضع الجذوع على الحايط جار ولا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع الحايط لا يصير شريكا في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكا فيها لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق الاخر الشفعة على انه جار ملازق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البنا المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البنا والمكان الذي عليه البنا مشتركا بينهما كان هو اولى

تعريف الطريق الخاص

الشرب الخاص

بحيث

ابن الصحيح

القضاء

على

اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران

من غيره من الجيران ويتأتى ذلك بان يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البنا فيبقى البنا وموضعه على الشركة واما كان هو اولى لانه شريك في بعض المبيع والشريك اولى في موضع البنا فظاهر لكونه شريكا فيه واما في الباقي فكذلك عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف لان الضرر اخص به حيث كان شريكا في البعض فيقدم على الجار وفي رواية اخرى عنه هو والجار سوا في غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساويه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار وبيت منها فبيعت الدار كان هو احق في المنزل لما ذكرنا واستووا في البقعة في رواية لان كلهم جيران في حق البقية ولو كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين اخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والاخر جار والشريك في البير اولى بشفعة البير لانه شريك فيها والاخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين اخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الاخر او شريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا قال على عدد الرؤس بالبيع اي تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الروس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعي على مقدار الانصبا لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل المنفعة فاشبه الغلة والربح والولد والثمر ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق بوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل والاستوا في العلة توجب الاستوا في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها الا يرى ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اربعة فهما سوا وكذا اصحاب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف الجرح مع الجرح فان الحز اقوى لانه لا يتخلف عنه الموت فكان اولى باضافة الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة اصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد بزيادة العلة ولو اسقط بعضهم حقه قبل القضا لم يكن للباقي ان ياخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه محبس بكل الدين وبكل جزء من اجزائه ولهذا لو اوفى البعض او كان رهنا عند رجلين فقضى دين احدهما ليس له ان ياخذ شيا من الرهن بخلاف ما اذا اسقط حقه بعد القضا حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب التارك لانه بالقضا انقطع حق كل واحد منهم في نصيب الاخر ولو كان بعضهم غايبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين في الجميع لان الغايب يحتمل ان لا يطلب فلا يوخر بالشك وكذا لو كان الشريك غايبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضي له بها لتحقق طلبه غير ان الغايب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا اسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه من الباقي بالقضا وهو نظير ما لو قضي للشريك ثم ترك ليس للجار ان ياخذ لانه بالقضا للشريك انقطع حقه وبطل لاختصاصه به لانقطاعه عليه ولو اراد ان ياخذ الشفيع البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضى المشتري لانه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعا نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد روسهم وكذا لو كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غايبا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب انه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شي منها وجد الاعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزى وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب احدهما الكل والاخر النصف بطل حق من طلب النصف وللاخر ان ياخذ الكل او يترك وليس له ان ياخذ النصف لما ذكرنا والبا في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه يجب له الشفعة بعقد البيع اي بعده لانه سبب لها لان السبب هو الاتصال على ما بيناه والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا اقر بالبيع اخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل ان الشفيع لو اسقط الشفعة قبل الشرا لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود السبب وهو البيع ولو كان السبب الاتصال يصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه انه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب

لا يكون

لا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها

الشفوع من ضعف سطل بالاعراض

قوله او بحكم الحاكم من غير اخذ منه يلمح الى ان قوله او بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي وهو ماخوذ من كلام صدر الشريعة حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية المراضي لعبارة الاخذ وقوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم ثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى

لا يكون سببا الا عنده وجود شرطه كما في الطلاق والعتاق قال ويستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة وهو ان يطلب كما سمع لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وقال عليه السلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك يعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ لان ملك المشتري قد تم بالشرا فلا يخرج منه الى الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان اولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين الا ان اخذ الشفعة بقضا القاضي احوط حتى كان للشفيع ان يمتنع من الاخذ اذا سلم المشتري له بغير قضا لان في القضا زيادة فايدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك باحد الامرين فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شي من احكام الملك حتى لا يورث عنه اذا مات في هذه الحالة وبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله اعلم

باب طلب الشفعة

قال رحمه الله فان علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه على الطلب ثم على البايع لو في يده او على المشتري او عند العقار فهذان طلبان فالاول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة اما الاول وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط ان يطلب كما علم على الفور من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا حضر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف وليلا يكون معرضا عنها وراضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد وعنه ان له التامل الى اخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التامل فيه كساير التمليكات وبهذه الرواية اخذ الكرخي ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شي منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبر بها رجلان غير عدلين او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله او رجل وامراتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة وقد ذكرناها من قبل مع اخواتها وعند محمد يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيف ما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم واما الثاني وهو طلب التقرير فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة بان بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري او البايع حاضر او كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب ان ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده او على المشتري او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وانما صح الاشهاد عند هولاء الثلاثة لان المشتري والبايع خصم فيه بالملك او باليد واما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البايع خصما بعد تسليم المبيع الى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعد هكذا ذكر القدوري والناطفي وذكر شيخ الاسلام انه يصح استحسانا وسمي هذا الطلب مقدرا بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على احد هولاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصر جاز استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كانهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض

للاستقرار كانه لا بد من طلب الاخذ

لكن والاشهاد وقال عليه السلام الشفعة

اذا كانت الدار المشفوعة تملك باحد الامرين فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شي من احكام الملك

لا يكون سكوت البكر رضى الا اذا كان بعد العلم بالزوج

طلب المواثبة والاشهاد عليه لمخافة الجحود

تفصيل الطلب بكل لفظ

كيفية الطلب

لا يكون البايع خصما بعد تسليم المبيع الى المشتري

وقت الطلب

ثلاثة ايام مدة ضربت لابلاء الاعذار

في مصر اخر او في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصر بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما ه
وان كان الشفيع غايبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يحتاج الى تاخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلثة وصورة هذا
الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه
يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبة غير معلوم لا يصح فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى تبين صورة طلب التقرير
المطلوب واما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه ايضا لانه لا حكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شا الله تعالى
قال ثم لا تسقط بالتاخير اي لا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر ه
بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تاخير الطلبين الاولين وقال محمد ان اخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت
شفعته وعنه انه قدره بثلثة ايام لانه لو لم يسقط بتاخيره للحق المشتري ضرر من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه خشية ه
ان ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلثة ايام في رواية لانها هي التي
ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بشهرين وهو قول زفر ورواية عن ابي يوسف
لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه الظاهر ان حقه قد تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتاخير كساير الحقوق وما ذكر
من الضرر يمكنه ازالته بان يرفع الامر الى الحاكم فيامر بالاخذ او بالترك على انه مشكل بما اذا كان الشفيع غايبا حيث لا يسقط
بالتاخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين ان يكون حاضرا او غايبا ولو كان التاخير بعذر من
مرض او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصر
وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا اسقطت الشفعة لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير قال
فان طلب عند القاضي سال المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به او نكل او برهن الشفيع ساله عن الشرا فان اقر به او نكل او برهن ه
الشفيع قضى بها اي اذا تقدم الشفيع وادعى الشرا وطلب الشفعة عند القاضي سال القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار
التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك للشفيع ام لا فان اقر بانها ملكه او انكر ونكل عن اليمين او اقام الشفيع بينة انها ملكه سال القاضي
المشتري عن الشرى فيقول له اشتريت ام لا فان اقر بانه اشترى او نكل عن اليمين او اقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته
عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر هنا سوال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع اولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك
بل القاضي يسال اولا المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد من
ان يكون معلوما لان دعوى المجهول لا يصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين ذلك ساله هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم
يقبضها لا تنفع دعواه على المشتري حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس ه
مختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره ساله انه متى
علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك ساله عن طلب التقرير
كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده كان اقرب من غيره ام لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشي من
شروطه تم دعواه واقبل على المدعى عليه فساله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع ام لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي
تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيساله عنه فان انكر ان يكون ملكا له
يقول للمدعي اقم البينة انها ملك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكر مما يشفع به لانه
ادعى عليه خلالو اقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على العلم فهذا عند ابي يوسف وعند محمد يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه
استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشرا فان نكل او اقامت للشفيع بينة او اقر المشتري بذلك
ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك سال القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت ام لا فان انكر

الشرا

عند محمد اي بعد الاشهاد ... صح ... الهداية

الشرا قال للشفيع اقم البينة انه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشرا فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب
يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا الحلف على الحاصل ه
وهو قول ابي حنيفة ومحمد والاول على السبب وهو قول ابي يوسف على ما بيناه في الدعوى وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل
نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل او اقر او اقامت للشفيع بينة قضى بها لظهور
الحق بالحجة قال ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي
فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى
يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توي الثمن ووجه الظاهر ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه ولا يطالب
باداية ولا احضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضا ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل
احضار الثمن فللمشتري ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة البايع والمشتري وينفذ القضا عند محمد
ايضا لانه فصل مجتهد فيه ولو اخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا يبطل بالاجماع لتاكدها بالقضا بخلاف ما اذا اخر قبل
القضا بعد الاشهاد عند محمد حيث يبطل لعدم التاكد قال ويخاصم البايع لو في يده اي للشفيع ان يخاصم البايع اذا كان
المبيع في يده لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكونون
خصما قال ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البايع لان الشفيع مقصوده
ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البايع والمشتري للقضا عليهما بهما لان لاحدهما يدا
وللاخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضا على الغايب لا يجوز ولان اخذه من يد البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض
وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز ان يفسخ عليهما الا بمحضر منهما لانه قضا
عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغايب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البايع لان العقد قد انتهى بالتسليم
فصار البايع اجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا في حق الاضافة الى المشتري لان المبيع تعذر فاته
بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بانه ينفسخ بالاضافة الى المشتري وبقي اصل العقد لان انفساخه يوجب
سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قايما مقام المشتري كان البايع باعه منه
وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ اصله وانما انفسخ اضافته الى المشتري ونظيره في
المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فاصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض
بتخلل الثاني وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كان العقد من الابتدا وقع معه قال والوكيل
بالشرا خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد اصيلا كان او وكيلا ولهذا لو
كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه وياخذها منه بحضرة المشتري كما اذا كان البايع هو المالك على ما بيناه الا انه
اذا سلمها الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبايع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري
فاذا سلمها لم تبق يد ولا ملك فخرج من ان يكون خصما وهذا مثله غير انه لا يشترط للقضا حضور الموكل لان الوكيل نايب
عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البايع لانه ليس بنايب عن المشتري فلا بد
من حضور المشتري للقضا عليه لخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال وللشفيع خيار الروية والعيب
وان شرط المشتري البراة منه لان الاخذ بالشفعة شرا من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشرا من
البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيارات فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره بروية المشتري
ولا بشرط البراة منه لان المشتري ليس بنايب عن الشفيع فلا يعمل شرطه وروينه في حقه قال وان اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل

والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه لا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيا فلا يكون الشفيع منكرا ولا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس قال وان برهنا فللشفيع اي وان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا اختلف المشتري والبايع او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد الماسور اقاما البينة فان البينة بينة البايع والوكيل والمشتري من العدو اولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما ان بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخييره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه امكن ان يعمل بهما بان يثبت العقدان فياخذ المشتري بايهما شا فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال العبد قلت لي اذا اديت الي الفا فانت حر واقاما البينة فان البينة بينة العبد اما لانها ملزمة او لانه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق العبد باداي المالين شا بخلاف المسايل المستشهد بها اما البايع والمشتري فلان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يجبر كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى ياخذ بايهما شا لان العقد الثاني يكون يكون فسخا للاول في حقهما فلا ياخذ المشتري الا بالثاني فاذا تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فياخذ باي العقدين شا ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له ان ياخذ بالبيع الثاني ان شا وان شا بالاول واما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا واما المالك القديم مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم والمعنى فيه ان بينته ملزمة وبينة المشتري من العدو غير ملزمة لتخيير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولين سلمنا فيها العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال وان ادعى المشتري ثمنا وادعى بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع لان الامر ان كان كما قاله البايع فالشفيع ياخذ به وان كان كما قاله المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع على ما بينا في البيوع فياخذ به ولان التملك المشتري يا يجاب البايع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فياخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه البايع اكثر مما ادعاه المشتري تحالفا وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك لان النكول كالاقرار بما يدعيه خصمه وان فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى ياخذها الشفيع بما يقوله البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ الا ترى ان الدار اذا ردت على البايع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد نقضا قال وان قبض اخذها بما قال المشتري اي لو كان البايع قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشتري اذا اثبت ذلك بالبينة او بيمينه على ما بينا لان البايع باستيفا الثمن خرج من البين وتحق بالاجانب لانتها حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا ان القول فيه قول المشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح على ما بينا والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا

البينة الملزمة تكون اكثر اثباتا

فهو

قبض الثمن خرج من البين فيكون اجنبيا فلا يقبل اقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه يريد بذلك ان يجعل نفسه اجنبيا حتى لا يقبل اقراره بمقداره فيرد عليه فياخذها المشتري بالالف ولو بدا بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو الف درهم لم يلتفت الى قوله في مقدار الثمن لانه لما اقر بقبض الثمن اولا خرج به من البين فصار اجنبيا فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا وقال في النهاية نظيره ما اذا قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو الف درهم وقال الغريم بل كان على الف درهم وقدا وفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالف ولا شي له على الغريم ولو قال استوفيت منه الف درهم وهو جميع ما للميت عليه فقال فلان كان على الفا درهم وقدا وفيتك الكل فللوصي ان يرجع عليه بالف اخرى لانه لما بين قبض الجميع صار اجنبيا فلا يقبل بيانه قدره بعده وما لم يبين انه قبض الجميع لا يكون اجنبيا فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول لخصمه لا نكاره في الاولى دون الثانية

اذا قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو الف درهم وقال الغريم

قال وحط البعض تظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة اي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع حتى ياخذ بما بقي ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شي من الثمن فياخذ بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق باصل العقد صار الباقي هو الثمن كانه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون الحط قبل اخذ بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له ان ياخذها بالباقي لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما وكذا الزيادة تلحق باصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق اخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر وبلحق به في حق نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه ايضا حتى جاز بناوها عليها لانه ليس فيه ابطال حق احد لان المشتري لا يستحق عليه احد بيع المرابحة فيلتحق في حقها باصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال وان اشترى دارا بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو اما ان يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب او معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فياخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار ياخذ كل واحد منهما بقيمة الاخر قال وبحال لو موجلا او يصبر حتى يمضي الاجل فياخذها اي ياخذها الشفيع بثمن حال اذا كان الثمن موجلا او يصبر حتى يمضي الاجل فياخذها عند ذلك وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي ملك به المشتري بصفته والاجل صفة للدين الا ترى انه يقال دين موجل ودين حال ولنا ان الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا يدل لنا على رضاه في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم انه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لا يستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن موجل مرابحة او تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان اخذها من البايع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البايع على الشفيع بثمن حال وان اخذها من المشتري رجع على المشتري بثمن موجل لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزايد وقوله او يصبر اي عن الاخذ اما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد وبه كان يقول ابو يوسف ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس

معنى اذا بيع عقار بعقار ياخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم كذا في الدرر

المقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن موجل فلا فايدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهذا ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذ بثمن حال ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة **قال ومثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو كان مسلما** اي لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر او خنزير فان كان شفيعه ذميا اخذ بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقتضي بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه احكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فياخذ بها لانها من ذوات الامثال لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير يقوم مقام عينه فيحرم ان يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير واما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها بان يملكها بان اسلم المشتري قبل اخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع ياخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلم وذمي اخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر او مثلها اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتدا فياخذها بقيمته كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذها بقيمته للتعذر كذا هذا ولو المستامن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة له ولا فرق بين ان يكون المشتري دارا او بيعة او كنيسة فان الشفيع ياخذ بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقدان ملكه لا يزول بجعله بيعة او كنيسة وان كان يعتقد انه يزول فكذلك ايضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا جواز بيعها له والذمي اذا دان بدينا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم بينهم باحكامنا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم او فاسق تاب ولو اسلم احد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام منع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا يبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فياخذها الشفيع بقيمة العبد **قال وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري او غرس او كلف المشتري قلعهما** اي اذا بنى المشتري او غرس في الارض المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شا كلف المشتري قلعه فياخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف انه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شا اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شا ترك وبه قال مالك والشافعي لانه ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه بالشرا فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري ~~اذا زرعها المشتري~~ فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس اهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شي فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب له على قول ابي حنيفة والمشتري شرا فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبايع ضعيف ولهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بنا المغرور وغرسه وله ان ياخذ بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه عند التساوي وذمة لا نهاية فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر زايد وفي الزرع القياس ان يقلع الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كثير ضرر بالتاخير لانه يترك باجر **قال وان استحقت وقلعهما**

الشفيع

والمسلم

طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير

كذا وقع في عبارة الوقاية وقال صدر الشريعة في شرحه والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع كما مر في باب الغصب انتهى ملخصا

قال في الوقاية ويرجع الشفيع بالثمن فقط ان بنى او غرس ثم استحقت انتهى
وقال صدر الشريعة في شرحه اي اخذ الشفيع بالشفعة وبنى او غرس ثم استحقت
رجع بالثمن فقط ولا يرجع بقيمة البناء او الغرس انتهى الظاهر ان يرجع في الاجمال
ايضا الى تفصيل الزيلعي

الشفيع رجع بالثمن فقط معناه ان الشفيع لو اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه لا يرجع بانقض بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري وجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا اخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها او بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة او الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بها على البايع لانه مغرور من جهته **قال وبكل الثمن ان خربت الدار او جف الشجر** ومعناه لو اشترى ارضا فيها بنا او غرس فانهدم البناء من غير صنع احد ياخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شي لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شي من الثمن ولهذا يبيعها في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا اتلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن حصته لان الغايب بعض الاصل هذا اذا انعدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شي من حطب او خشب واما اذا بقي شي من ذلك واخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن لان بعض الثمن حصة ذلك لانه عين مال قايم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ **قال وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء** لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شي من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بافة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البنا كنقض المشتري **قال والنقض له** اي النقض للمشتري لان الشفيع انما كان ياخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال **قال وبثمرها ان ابتاع ارضا ونخلا وثمرا او اثمر في يده** اي ياخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض مع ثمرها بان شرطه في البيع او اثمر عند المشتري بعد الشرا لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع بخلاف النخل والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان انه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع وهو النخل فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هذا **قال وان جذه المشتري سقط حصته من الثمن** اي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك بافة سماوية فكذلك لانه لما دخل بالتسمية صار اصلا فيسقط بحصته من الثمن بفواته واما في الفصل الثاني فياخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شي من الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا حط عنه من الثمن في الفصل الثاني ايضا لان حال المشتري مع الشفيع كحال البايع مع المشتري قبل قبض المبيع ولو اكل البايع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب من انه لا يسقط شي من الثمن لان الشفيع ياخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فياخذ به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادث قبل القبض عند البايع لانها حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت معقودة بورود القبض عليها او بالاستهلاك وليس للشفيع ان ياخذ الثمر بعد الجذاذ في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال رحمه الله **انما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال** وقوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعي لا تجب فيما لا

اي ياخذ الشفيع بحصتها من الثمن اي ان نقض المشتري البناء

التبع اذا صار مقصودا بالاتلاف يقابله شي من الثمن

اذ لا شبهة في المنقول كذا في شرح المجمع

بلغ مقابلة على خط مولفه

لا يقسم كالبير والرحى والحمام والنهر والطريق وهذا مبني على ان الشفعة تجب لدفع اجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فيتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشيا على ما نبينه من قريب قال لا في عرض وفلك اي لا تجب الشفعة في عرض وسفينة قال مالك تجب في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي انه عليه السلام قال لا شفعة الا في ربع او حايط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار لان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال وبنا ونخل بيعا بلا عرصة لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا ارض وان بيعا مع الارض تجب فيها الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به في السفل على انه مجاور وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البنا والنخل فلا يستحق بها الشفعة قال ودار جعلت مهرا او اجرة او بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوض عتق او هبة بلا عوض مشروط لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك بملك العقار بهذه الاشيا لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيوخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بعرض الا يرى انها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فهذا ابدل على انه جعله قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله يتاتى فيما اذا وقعت هذه الاشيا في جزء شايع من العقار من احد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركا ولنا ان المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشي ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الاشيا فلا يكون قيمة لها غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او للضرورة فلا تتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون الماخوذ مقابلها بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري من السبب لا بسبب اخر ولهذا لو اخذ كان ياخذه بسبب اخر غير الاول لان الاول نكاح او اجارة او غير ذلك وليس ببيع اصلا ولو اخذ لكان بيعا وفيه انشا تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا يتحول الصفقة اليه قبل القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع الا يرى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او بيعت بخيار للبايع لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقا ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه ان يخرج عن ملكه فان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة تنبني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عندهما

نظاهر

تزوجها على دار على ان ترد عليه الف درهم فلا شفعة

والشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع

نظاهر لان المشتري يملكها واما عنده فلخروجه عن ملك البايع ووجوب الشفعة تنبني عليه الا يرى ان البايع اذا اقر بالبيع وانكره المشتري يجب الشفعة ثم ان اخذها الشفيع بالثلث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط والاسم ينبني عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البايع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله ان ياخذها بالشفعة ويسقط خياره ويلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه اراد بذلك الاستيفا اذ لا يجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فتصير اجازة فيلزم ويملك به البيع لانه صار لحق المبيع من حين وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالماذون له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل ان يرى الاولى كان له ان ياخذها بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط او باع لكنه هنا اذا اخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته اولى ثم اذا احضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له ان ياخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشتري لما عرف ان الشفيع اولى من المشتري وليس له ان ياخذ الثانية وهي التي اخذها المشتري بالشفعة اذ لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقها وايضا لها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له ان يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالشرا بخيار شرط او رؤية بل كل من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له ان ياخذها بالشفعة ثم اذا جا شفيع الاولى بعدما اخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جا ان ياخذ الاولى بالشفعة وليس له ان ياخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال او بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بالبنا اي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بشي يسقطه كالبنا لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البايع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقا ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البايع باق فيها الا يرى انه واجب الرفع لدفع الفساد وهذا حرم على المشتري التصرف فيها وفي اثبات الحق له تقرير فلا يجوز لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث ياخذها الشفيع لخروجها عن ملك البايع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا اجاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم اذا اسقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فيجب وهو المراد بقوله ما لم يسقط حق الفسخ بالبنا اي بنا المشتري فيها لان حق البايع ينقطع به عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبنا لا فايدة فيه لان شرط وجوب الشفعة ان ينقطع حق البايع ولا يختص ذلك بالبنا بل ينقطع حق البايع باخراج المشتري المبيع بالبيع او غيره على ما عرف في البيع الفاسد فان اخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع ان ياخذها باي البيعين شا لانقطاع حق البايع فان اخذ بالبيع الثاني اخذ بالثمن لان البيع الثاني صحيح والواجب فيه الثمن فياخذ به وان اخذها بالبيع الاول اخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البايع بنقض البيع الثاني لياخذها الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البايع لبطل حق الشفيع ومن المحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجله لانه انما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا ان اخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة او جعله مهرا او غير ذلك نقض تصرفه واخذ بقيمته لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبايع الشفعة في المبيعة لبقا ملكه فيها وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ولا يودي اخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ولا فساد في الماخوذة بخلاف المشتراة شرا فاسدا لان اخذها بالشفعة يودي الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البايع المبيع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت بعد القبض ثم استردها البايع منه قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم بها بقيت

اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل ان يرى الاولى كان له ان ياخذها بالشفعة

اي بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبايع الشفعة

علي ملكه لما ذكرنا قال او قسمت بين الشركا اي لو قسمت الدار بين الشركا لا يجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان
القسمة فيها معني الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه قال
او سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية او شرط او عيب بقضا اي اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الي البايع بخيار رؤية
او بشرط كيف ما كان او بعيب بقضا قاض لا يجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقدا جديدا فعاد الي قديم
ملك البايع والشفعة تجب في الانشا لا في الاستمرار والبقا علي ما كان ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ قبل القبض او بعده وفي الجامع
الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا تصح الرواية بالنصب عطفا علي الشفعة
لان معناه يصير علي هذا التقدير ان خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد المعني لان المذكور في كتاب القسمة ان خيار الرؤية وخيار
الشرط يثبتان في القسمة لان ثبوتهما لخلل في الرضا في العقود التي لا تنعقد لازمة الا بالرضا والقسمة منها لما فيها من معني المبادلة
والمبادلة اغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لان معني الافراز فيهما هو الغالب ولهذا
كان لكل واحد من الشريكين ان ياخذ نصيبه من غير اذن صاحبه ولانه لا فايدة فيه لان باعادة القسمة ياخذ نصيبه مثله بلا تفاوت
بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا اصابه غير ما اصابه في الاول فقد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند القسمة تثبت
بضرب من الاجتهاد فيحتمل ان يقع في قلبه ان نصيب غيره احسن فيفيد الاعادة وقال في الكافي وصحح شمس الايمة السرخسي الرواية
بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سوا كانت القسمة بقضا او برضا وبه قال المشايخ رحمهم الله قال وتجب
لو ردت بلا قضا او تقايلا اي تجب الشفعة ان ردها المشتري بعيب بغير قضا القاضي او تقايلا البيع وقال زفر لا تجب لان شفعته
قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضا اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين فلهما الاقالة مثبتة للملك
بتراضيهما كالبيع غير انهما قصدا الفسخ فتصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية علي انفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما
علي غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة
قال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضا وانما يستقيم هذا علي قول محمد
لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكنه حمله علي البيع واما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع له من حمله
علي البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة والاقالة بيع عند ابي يوسف مطلقا ما لم يتعذر جعله بيعا وعند ابي حنيفة وان كان
فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فامكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين ان يكون بعد القبض او قبله

باب ما تبطل به الشفعة

قال وتبطل بترك طلب المواثبة او التقرير اي تبطل الشفعة
بترك طلب المواثبة او طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بان لم يشهد لاحد فيه او لم يكن في الصلوة لانها تبطل بالاعراض وترك
الطلبين او احدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض علي ما بينا من قبل قال وبالصلح عن الشفعة علي عوض
وعليه رده اي تبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع علي عوض وعلي الشفيع رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل
وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز اخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجايز من الشرط كما اذا قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما
اشتريت علي ان تسقط شفعتك فيما اشتريت او علي ان لا اطلب الثمن مني لكونه ملايما حتي لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما مع هذا
لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله اسقطت بدون تحقق الشرط فلان لا يتعلق سقوطه بالشرط
الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض اولي فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باع شفعته
بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته
من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشيا متقرر في المحل ولهذا يستوفيه
وينفرد به الا يري ان للولي ان يقتله قصاصا بغير قضا ولا رضا فعلم ان حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير
قضا ولا رضا ونظيره ما نحن فيه ما اذا قال المخير اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط

الخيار ولا

بلوحها ما لمه علي خط مولفه

الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية اخري لا تبطل الكفالة ولا
يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتي لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه رواية في الكفالة خاصة ووجه
الفرق بينهما علي هذه الرواية ان الشفعة تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح ان الكفالة والشفعة يسقطان ولا
يجب المال هذا اذا كان بعد البيع واما قبل البيع فلا تسقط به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط
علم بالسقوط او لم يعلم لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق لو صالح علي اخذ نصف
الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح علي اخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه ه
الاعراض غير ان الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلوم عند الاخذ ومثله من الجهالة تمنع صحة البيع ابتدا والاخذ
بالشفعة بيع من الشفيع قال وبموت الشفيع لا المشتري اي بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب او
قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع ايضا لان هذا حق
معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك وانه مجرد راي وهو صفته فلا يورث
عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز اخذ العوض عنه وملك العين يبقي بعد ه
الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الراي والمشية ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها كذا لا يمكن ارثها
ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي
يشفع بها من وقت البيع الي الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت
لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزايد وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير
سبب حقه وانما حصل الانتقال الي الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الي غيره بسبب اخر فينقضه
وياخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتي المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها
وصيه كان له نقضه قال وببيع ما يشفع به قبل القضا بالشفعة اي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها
قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع داره بشرا المشفوعة
او لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها او لم يعلم وكذا ابرا الغريم ه
لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف علي العلم كالطلاق والعتاق الا تري انه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف علي قبوله ولا يختلف
بين حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقا السبب لان خيار البايع لا يمنع خروج المبيع
عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام علي الشري من المشتري اعرض عن الطلب وبه
تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعا ومثله ان ياخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شا بالعقد الثاني اما ه
اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشر بنفسه لانه باشتغاله به مع امكان اخذه منه بالشفعة
جعل معرضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له به حق لانه اعراض بخلاف ما اذا اشتراها ابتدا من غيره ان يثبت له فيها حق
الاخذ لان شراه هناك لم يتضمن اعراضا لانه مقبل علي التملك وهو معني الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من
اخذها بطريق اخر ولا كذلك هنا وكذا اذا استاجر الشفيع الدار المشفوعة او ساومها او طلب من المشتري ان يوليه
بطلت شفعته لانه دليل الاعراض قال ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة والاصل فيه ان من باع او بيع له
لا شفعة له ومن اشتري او اشتري له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته
وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ ينافيه لانه يمنع
به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقرير لان الاخذ بالشفعة مثل الشرا ولا فرق فيمن باع او اشتري ان يكون وكيلا
او اصيلا حتي لا يكون له الشفعة في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان اصيلا ولموكله ان

بالشفعة صح

تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة

لو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته

اذا استاجر الشفيع الدار المشفوعة او ساومها او طلب من المشتري ان يوليه بطلت شفعته

كان وكيلا حتى اذا باع المضارب او العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشتريا ما هو
كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا للمولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه فلا قائل بالاخذ لانه ملكه
ولم يتعلق به حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
ثم فائدة قوله ان المشتري لا تبطل شفعته ان يشارك غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وان يتقدم هو
على ما بعده من الشفعاء وان يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبايع ليس له ان يطلب المبيعة بالشفعة بدار اخرى
غيرها لانه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري ولو شرط البايع الخيار لثالث فاجاز
فهو كالبايع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فاجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه قال او ضمن الدرك عن
البايع يعني اذا ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع
الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البايع قال ومن ابتاع او ابتيع له
فله الشفعة لانه شراه وهو لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال وان قيل للشفيع انها بيعت
بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او ببر او شعير قيمته الف او اكثر فله الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار الثمن
او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ
تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون او مكيل او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فلا يظهر فيه التيسير ولا يكون له الاخذ وكذا
لو اخبر ان الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر انه مكيل او موزون او اخبر ان الثمن مكيل او موزون فظهر انه من خلاف جنسه من المكيل
او الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر انه جنس اخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه او ظهر انه ذهب او فضة قدر مثل قيمة ذلك
فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها
الف فلا شفعة له وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان تثبت له حق الشفعة وهو قول ابي حنيفة وزفر لان الجنس مختلف
حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا الواجب على ان عقد بالدراهم فاذا بالدنانير كان مختارا غير مكره ولو كانا جنسا واحدا
لما صار مختارا وجه الاستحسان انهما جنس واحد في الثمنية وكلامنا فيه ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة قال وان قيل له ان
المشتري فلان فسلم فبان انه غيره فله الشفعة لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره
فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم ان المشتري هو مع غيره كان له ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه
ولو بلغه شرا النصف فسلم ثم بلغه شرا الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه
اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه
وهو ما اذا اخبر بشرا الكل فسلم ثم ظهر شرا النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه ولان رغبات الناس
في الجملة اكثر عادة من رغباتهم في الاشقاص لخلو الجملة عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فاولى ان لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة
لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول
وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل وان كان اقل فله الشفعة والمعنى ما بينا قال وان باعها الا
ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار
ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وهذه حيلة قال وان ابتاع سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها
فالشفعة للجار في السهم الاول فقط لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو اراد
الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان السهم
الاول جزءا قليلا كالعشر مثلا او اقل ولذا في المسئلة الاولى يتاتى مثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع او اقل في طول الحد الذي يلي

قال مح

ولو بلغه شرا البعض فسلم ثم بلغه شرا الكل فله الشفعه

حيله في اخذ الشفعه

الشفيع

الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فانما ياخذ بالشفعة قدر الذراع بجميع الثمن وليس له ان ياخذ الباقي لانه ليس
بجار له فيهما خاف ان لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خافا شرط كل واحد منهم الخيار لنفسه ثم يجيزان معا فان خاف كل واحد منهما
اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه قال وان ابتاعها بثمن ثم
دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد اخر غير العقد الاول
وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير انه يخاف ان يتضرر البايع
بذلك لانه لو استحقت الدار يبقى الدراهم كله في ذمة البايع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن
العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البايع الثمن كله والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن
الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين انه لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق
قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة اخرى تعم الجار والشريك ان يشتريه باضعاف
قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق
المشفوع يرد ما قبض كله غير الدينار على انه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف قال ولا تكره الحيلة لاسقاط
الشفعة والزكوة وهذا عند ابي يوسف وعند محمد تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت
مكروهة ضرورة ولابي يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروعة وان كان غيره يتضرر في ضمنه
ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده فمكروه بالاجماع هكذا ذكر شيخ الاسلام ذكر قوله في النهاية والقايل بهذا القول قاس
على الاختلاف في الزكوة فانه لا يكره عند ابي يوسف قبل الوجوب وعند محمد يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما
الخلاف في فصل الزكوة وقال شمس الائمة الاشتغال بالحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك
بعد الوجوب اذا لم يقصد المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه تمم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد
فيكره على قياس اختلافهم في الزكوة تمم الحيلة التي تسقط الوجوب هي ان يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب
عليه العوض او يقول له انا ابيعك اياه او يقول له المشتري اشتره مني فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا اذا اجر من
الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب ان يوكله ببيعها او يضمنه الدرك او يجعل البايع الخيار اليه في عقد البيع الى غير ذلك من الحيل
التي ذكرناها من قبل ومن الحيل ان يوجر المشتري البايع شيئا ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلا يوجره ليلبسه البايع يوما
بجزء شايع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي لانه لما ملكه منه جزءا شايعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه
ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك اولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الجار قال وتاخذ حظ البعض بتعدد
المشتري لا بتعدد البايع ومعناه ان المشتري اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبايع واحد تعدد الاخذ بالشفعة بتعدده
حتى كان للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ
بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع في الوجه الثاني ياخذ نصيب بعضهم
بتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه بعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع
الضرر عن الشفيع فلا يشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زايدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام
احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكنه ان ياخذ نصيب
احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يودي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشتري بنفسه لانه كواحد
منهم وكما اذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد
الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا
له عقارا واحدا بصفقة واحدة او متعددة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهم ولو وكل جماعة واحدا به

الحيل التي تمنع الوجوب

ليس للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو اصيل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده ثم في الصحيح لا يفصل بين ما اذا كان بعد القبض او قبله على ما بينا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البايع باخذ البعض منه بتفرق اليد عليه وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس المبيع الى ان يستوفي جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدي الى تفرق اليد عليه **قال وان اشترى نصف دار غير مقسوم اخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته** اي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البايع اخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له ان ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم او بالتراضي لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الا يرى ان الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد ان وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البايع فكذا ما يتم القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا ينقض قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا تجري فيها احكام البيع من رد بعيب او خيار رؤية ومن حيث انها افراز لا يوجد فيها الا القبض فباعتبار انها مبادلة تملك وباعتبار انها افراز لا تملك فلا تملك بالشك وهذا لان القياس ان لا ينقض من تصرفات المشتري شيئا لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه او اجر يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما ثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير ان له ان ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الاصل في حق البيع الاول وهو حق ماله حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له ان ياخذ نصيب المشتري في اي جانب كان لانه استحقه بالشرا والمشتري لا يقدر على ابطال حقه فياخذ وهو مروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وعن ابي حنيفة انه انما ياخذ اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر **قال وللعبد المديون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه** معناه اذا باع رجل دارا وللبايع عبد ماذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد ان ياخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا احدهما من صاحبه جايز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون او لكون العبد احق به بخلاف ما اذا اشتري لانه ابتيع له وقد بينا ان من باع او ابتيع له لا تبطل شفعته **قال وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ الصغير او بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشرا لزفر ومحمد ان الاب والوصي ان هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابرا غريمه ولان تصرفهما نظري والنظر في الاخذ متعين لانه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها الا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة برد البيع عند ما يقال للاب بعتك هذا المال لابنك الصغير يوضحه انه لو اخذ بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه اليه بل اولى لانه اذا اخذ ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البايع او على المشتري ولان هذا تصرف داير بين الضرر والنفع فيحتمل ان يكون الترك انفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود واخويه لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال بغير عوض وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما لان السكوت ممن يملك بالاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية

عن ابي

عن ابي يوسف هكذا في الهداية وفي الكافي قال ذكر في المختصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشرا باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بالعقد ولا رواية عن ابي يوسف وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم ايضا على قول محمد وزفر لانهما لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير جايزا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلان لا يجوز فيما اذا بيعت باقل من قيمتها اولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له ان ياخذ بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو ان لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرايه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشراء يشترط ان لا يكون فيه غبن فكذا في الاخذ بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا انه يشترط في حقه ان يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا انه معتبر بشرايه وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون اكثر منه في الشرا وفي البيع اقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه ان يقول اشتريت واخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما ملك الصغير او ملك نفسه ليس له ان ياخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكرنا ان من باع او بيع له فلا شفعة له وللصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشرا غبن كان للصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له ان ياخذ للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البايع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت ان ياخذ بالشفعة لانه ليس ببايع فلا يمتنع واما الوكيل فالمراد به هاهنا الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشرا فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر ان تسليمه لا يصح اصلا لانه اتى بضد ما امر به فصار كما لو وكله باستيفا الدين فابراه الوكيل عن الدين وهما يقولان انه توكيل بالشرا لان الاخذ بها شرا والوكيل بالشرا له ان لا يشتري فكذا هذا له ان يترك الشفعة غير ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وابو حنيفة يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو اقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند ابي حنيفة ومحمد اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهي مسالة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة **كتاب القسمة** وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتدا والاسوة للايتسا **قال** رحمه الله **هي جمع نصيب شايع في معين** وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركا او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركا منتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم ان يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبير والرحى والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جايزة بالكتاب قال الله تعالى ونبيهم ان الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة لانه عليه السلام باشرها في الغنايم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه انصاف الشركا والظهار العدل بانصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه **قال وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فياخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي**

كيفية طلب الاب

الوكيل بالشرا له ان لا يشتري

بلغ مقابلة على خط المصنف

في غيره فلا يأخذ اي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين
ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا ياخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه والدليل على ان فيهما معنى الافراز والمبادلة ان ما ياخذ كل واحد منهما يشتمل كل جزء من اجزائه على النصيبين فكان نصفه
ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه اخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة
ضرورة الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضه لان
ما ياخذ كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل غير حقه في القرض والصرف
والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض للافتراق قبل قبض احد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما اه
وكذا في قضا الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر احد على المعاوضة وكذا جاز
لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة
على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي اظهر للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم
المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجرا الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة بطلب
بعضهم لان فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها دفعا للضرر عنهم والمبادلة
قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضا الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا
لان الطالب للقسمة يسئل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه وان يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه وان
اجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع
امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وتجبر في متحد الجنس عند طلب احد الشركا لا في غيره
اي اذا طلب بعض الشركا القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سوا كان من ذوات الامثال او لا ولا جبر في غير متحد الجنس
كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى قال وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا اجر لان القسمة من جنس عمل القضا
من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتيين فيكون كفايته
في بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هولاء قال رحمه الله والا نصب قاسم يقسم باجر بعدد الرؤس اي ان لم ينصب قاسم
رزقه في بيت المال نصب قاسم باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضا حقيقة حتى جاز للقاضي ان ياخذ الاجر على القسمة
وان كان لا يجوز له على القضا الا يرى انه لا يفترض عليه ان يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضا تفترض عليه ويقدر له القاضي اجر مثله كيلا يطمع
في اموالهم ويتحكم بالزيادة فالافضل ان يرزق من بيت المال لانه اروج وارفق بالعامة وابعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله
بعدد الرؤس اي يجب عليهم الاجر على عدد الرؤس ولا يتفاوت بتفاوت الانصبا وهذا عند ابي حنيفة على ما يجي بيانه من قريب ان شا الله تعالى
قال ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضا ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك
بالامانة والعلم قال ولا يتعين قاسم واحد لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم ان يستاجروه لان
القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضا على ما بينا ولا جبر فيها ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا ان فيها معنى المبادلة وهي تشبه
القضا فيجوز بالتراضي كساير المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لانه لا تصرف لهم عليه ولا ولاية لهم عليه قال ولا يشترك
القسام اي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة
يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك قال اجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصبا لانه مونة
الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشي المشترك
وكنا الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة ان يتوسل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب
صاحب الكثير اكثر فيكون مونته عليه اكثر وهذا نظير زوايد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير اكثر كانت مونته

العين

المبادلة قد تجري فيها
الاجبار دفعا للضرر

العين اكثر ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما تصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس
الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره الا يرى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم باصل التمييز
لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو
على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت فلو اطلقنا الجواب
ولم نفرق بين ان يكون الكيل والوزن للقسمة او لغيره واوجبنا في الكل على قدر الانصبا كان العذر له فيه ما ذكرنا من ان الاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الايمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول فاوجب الاجر على السواء
وان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصبا وفي الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز وفي الغسل مقابل بالتنصيف
فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقا الملك فتتفاوت بتفاوته وفي البنا والتطيين الاجر مقابل بنفس
البنا والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوايد تتولد من الملك فيستحق بقدر الملك وروي الحسن عن ابي حنيفة اه
ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الاخر قال ولا يقسم العقار بين الورثة
باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقسم باعترافهم لان اليد دليل على الملك لانه في ايديهم
والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا او كان العقار مشتركا وهذا لانه لا منكر لهم ولا
بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب القسمة انه قسمة باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق
امهات اولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابي حنيفة ان القسمة قضا على الميت اذ
التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضا
على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهذا ممكن بجعل احدهم خصما عن الميت وغيره عن انفسهم لان الوارث
نايب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فايدة الا يرى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فاقر الوارث
بذلك فاقام المدعي بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يتعدى على الورثة كلهم ويزاحم الغرما ولا كذلك اذا كان ثبوته
باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان في القسمة
فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذ القاضي نصب ناظرا والعقار
محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك
البايع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضا على الغير على انه روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان العقار المشترى
ايضا لا يقسم لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشترى والموروث
والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو ان القسمة تكون قضا على الميت في الموروث لبقا ملكه فيه ولا يكون قضا على البايع لعدم
ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك اي يقسم في المنقول الموروث
والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة اما في المنقول الموروث
والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق واما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضا
على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها
رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول
ابي حنيفة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون اما لحق الملك تتميما للمنفعة او لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك
والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال ولو برهنا ان العقار في ايديهما لم يقسم حتى يبرهنا انه لهما اي لو اقام
رجلان بينة ان العقار في ايديهما وطلبا من القاضي ان يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة ان العقار ملكهما لاحتمال ان يكون
هو لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف رحمه الله ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل هذا اه

ليس في القسمة قضاء
على الغير

[illegible]

بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية
القدوري وشرطها هنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي
مختصر القدوري كذا لان الصور متحدة غير ان فيها اختلاف الروايتين كما رايت ونقل تبيين الروايتان ولا نذكر نكل واحد على
حدة لان ذلك يوهم اختلاف الصور على انه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين **قال** ولو برهنا على الموت
وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب او صبي قسم ونصب وكيل او وصي يقبض نصيبه اي الوكيل يقبض
نصيب الغايب او وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه نظرا للصغير والغايب ولابد من اقامة البينة عند ابي حنيفة رحمه الله
لما بينا في المسئلة الاولى بل اولى لان في هذه القسمة قضا على الغايب والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا هنا ويشهد
انه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير او الغايب على حجته **قال** ولو كانوا مشترين وغاب احدهم او كان العقار
في يد الوارث الغايب او حضر وارث واحد لم يقسم اي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها اما
اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما
عن الغايب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو
ويصير مغرورا بشرا المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضا بحضرة
المتخاصمين وصح القضا لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشرا قامت على خصم غايب فلا يقبل ولا يقضي عليه واما اذا كان العقار
في يد الوارث الغايب فلان في القسمة قضا على الغايب باخراج الشي من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه في
يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه او في يد الصغير او في شي منه لانه يكون قضا على الغايب او على
الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين او الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح
وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا اقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة
الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم تقبل القاضي البينة
لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا واما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح ان يكون مخاصما وكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من (ومخاصما)
حضور شخصين على ما بينا لانه اذا كان خصما عن نفسه فليس احد خصما عن الميت والغايب وان كان خصما عنهما فليس احد مخاصما عن
نفسه يقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينة
عليه ويقسم الدار وجه الظاهر ان التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق
واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة في هذا القدر
قضا على الغايب من غير خصم حاضر عنه ولين جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث
انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى اجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي
عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الاوصيا على الموتى لا على الاحيا واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح
خصما عن الميت وعن ساير الشركا وان يكون مدعيا ومدعا عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا
وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا انه عاجز عن
الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غايبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغايب وكذا
اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلب القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك (اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث)
في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو
حضر الموصى له وحده لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة **قال** وقسم بطلب احدهم لو انتفع كل
بنصيبه لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم

قال وان

قال وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم وذلك مثل البير والرحى والحايط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته
فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه
لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي
لا يشتغل بما لا فايدة فيه ولا سيما اذا كان فيه ضرر او اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من اقدام على
اتلاف ماله في الحكم وهذا من حيلته **قال** وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط اي صاحب
الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه ان صاحب الكثير طلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه
وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي ان يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق
الى اهلها ودفع المظالم ولا يعتبر بضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب
القليل مع انه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على (القاضي لا يشتغل بما لا يفيد)
عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي
لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب ان ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد
منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبهم
الى اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن ابي ليلى لا تقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع
بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة واذا ادت القسمة
الى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان
طالب القسمة يطلب حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بينا والضرر
الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في ساير المواضع لان المحكوم عليه لا بد له
من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل احد الى حقه **قال** رحمه الله ويقسم العروض من جنس واحد لان
اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها **قال**
ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبير والرحى الا برضاهم اما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لان اجبار عليها على اعتبار التمييز واما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة
الا ترى انها لا تصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة
التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كساير الاجناس واما الرقيق فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق
في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ولحسن النجابة وغيرها من الصنايع كالكتابة ومنهم من
لا يصلح لشي منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا تكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر
عليها بخلاف ساير الحيوانات لان الانتفاع بها لا تختلف الا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة الا ترى ان الذكر والانثى (الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد)
من بني ادم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة
كل واحد منهما قدر راس المال لم يتبين الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنايم تجري
في الاجناس فلا يلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنايم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنايم
ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم
شي اخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا تقسم بالاجماع لان الذكور

والاناث من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا تقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شي اخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شي يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده واما الحمام والبير والرحى فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل على حدة اما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة اصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى راي القاضي وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركا واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الراي اليه ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي الا يرى ان التوكيل بشرا دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشرا ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يوذن بان الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم تقسم كل جنس منهم بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها تقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا اذا كانت في محلة او محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم واما الدور والضيعة او الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكر الخصاف رحمه الله وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيحتمل ان يكون في المسالة روايتان او يبني حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال ويصور القاسم ما يقسمه اي على قرطاس ليمكنه حفظه قال ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره قال ويذرعه ويقوم البناء لان معرفة قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم ~~الارض~~ ~~وذرع~~ البناء لما ذكرنا قال ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز بقي لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الاخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرزه او لم يمكن جاز قال ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث ويكتب اساميهم ويقرع فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني ٥ فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضا فيملك الالزام ولقب الانصبا ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته ان ينظر الى اقل الانصبا فيقدر به اجزا السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين ثلثة نفر لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس جعلها اسداسا لانه اقل فيكون لصاحب النصف ثلثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس يلقب النصف من اي جانب شا بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب اسامي الشركا بطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا انشقت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعا او كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي الى الاخير فان خرج اولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلثة اسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار على زعمهم اسم

المستحق

لما يستحقون به شيا لم يكن لهم قبل ذلك مثل هذه فان هذه مشروعة كما اخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة فيها وتفوت بها التعديل ايضا في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الاخر في الذمة فيخشى عليها التوي ولان الجنسين المشتركين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك واذا كان ارض وبنا فعن ابي يوسف انه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البنا لا يمكن الا بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البنا او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزوج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البنا ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان لم تف العرصة بقيمة البنا حينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق رواية الاصل قال وان قسم ولاحدهم مسيل او طريق في ملك الاخر لم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن والا فسخت القسمة لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع اسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان امكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت القسمة مختلة فتتعين الفسخ والاستيناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق او من تسييل الماء لان المقصود من البيع تملك العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لانها ٥ لتمليك المنفعة ولا يتصور الا بهما ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما اذا امكن صرفه عن الاخر بان قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره وقد امكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فح لا يصرف عنه لانه اثبت بالغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق والمسيل لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار انه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق ٥ فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكر لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله اي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم منهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم يقع فيه فيبقى على الشركة كما كان ولو شرطوا ان يكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائز وان كان ذلك ارضا يرفع ما لم فيه تور لوقوع الكفاية به في المرور قال سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال ابو حنيفة وابو يوسف تقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في اصل السكنى لا في المرافق ولمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبير والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره فان ابا حنيفة اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد اجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان ٥

ابا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقي ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقي بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكني وابو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل ان يفعل ما لا يضر بالاخر حتي كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل سوا والمعادلة في قسمة البنا بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل اكثر كما في الكوفة وقيل في موضع يكثر النداوة فيه والشيخ يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل فيه وربما تختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتا فلا يمكن اعتبار المعادلة فيها الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الي التفسير تفسير قول ابي حنيفة ان يجعل بمقابلة شي من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فيبقي العلو من البيت الكامل بمقابلة الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل بمقابلة شي من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فيبقي الثلث من السفل المجرد بمقابلة العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة شي من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل بمقابلة ضعفه من العلو وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بمقابلة شي من السفل المجرد او من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الاخر السفل لاستواء السفل والعلو عنده ويجعل بمقابلة شي من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا اي اذا انكر بعض الشركا بعد القسمة استيفا نصيبه فشهد القاسمان انه استوفي حقه تقبل شهادتهما سوا كانا من جهة القاضي او غيره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد انهما شهدا علي فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير علي فعله ولهما انهما شهدا علي الاستيفا والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الي الشهادة علي التمييز ولانه لا يصلح ان يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفا وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما باجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفا عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوي معني فلا تقبل قلنا ما لا يجران بهذه الشهادة الي انفسهما مغنما لان الخصوم توافقوا علي ايفايهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الخلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة علي الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الي اخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا قال ولو ادعي احدهم ان من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد اقر بالاستيفا لم يصدق الا ببينة لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة ان لم يقم بينة استحلف الشركا لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم علي قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقرار ولا يكون حجة علي غيره قالوا وينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لانه متناقض واليه اشار من بعد حيث شرط للتحالف ان لا يشهد علي نفسه بالاستيفا ويشير بذلك الي انه لو شهد علي نفسه بالاستيفا لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التحالف لعدم صحة الدعوي للتناقض فكذا هنا لانه قد شهد علي نفسه بالاستيفا فوجب ان لا تقبل دعواه قال وان قال استوفيت واخذت بعضه صدق خصمه بحلفه اي لو قال استوفيت حقي واخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال وان لم يقر بالاستيفا وادعي ان ذا اخطه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ وهذا اذا كانت القسمة بقضا القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر واما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الي قول من يدعيه لانه دعوي الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ هو

الصحيح ذكره في الكافي وقال ابو جعفر يجوز ان يقال لا تصح هذه الدعوي لان القسمة بمعني البيع فلا تنقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضا يجب نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الاب والوصي ينقض بالغبن الفاحش ويجوز ان يقال تصح هذه الدعوي لان القيمة معتبرة في باب القسمة تقع القسمة علي سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشيا المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني علي المعادلة في القيمة ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد منهما طايفة فادعي احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد علي القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج اولي وان اقام احدهما بينة تقضي له بها وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع قال ولو استحق بعض شايع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشايع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب احدهما بعينه والصحيح ان الاختلاف في الشايع وفي استحقاق بعض معين لا تفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاجماع فهي ثلثة اوجه ومحمد مع ابي حنيفة فيما حكاه ابو حفص ومع ابي يوسف فيما حكاه ابو سليمان والاول اصح لابي يوسف انه بالاستحقاق ظهر شريك اخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شايع في الكل وحقيقته ان استحقاق جزء شايع ينعدم به معني القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شايعا بخلاف المعين لان ما ورا المستحق بقي مفرزا علي حاله ليس للغير فيه حق ولهما ان المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شايع بالنصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتدا علي هذا الوجه بان كان البعض المقدم مشتركا بين ثلثة نفر والبعض الموخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان علي ان لاحدهما ما لهما من المقدم او اقتسماه علي ان لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض الموخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شي بعينه بخلاف استحقاق الشايع لان معني الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقا نصيب البعض في الكل ولهذا لا يجوز القسمة ابتدا علي هذا الوجه فكذا ابقا لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصبا ولا ضرر هنا بالمستحق فوضع الفرق فاذا لم يبطل يرجع بحسابه علي شريكه لانه لو استحق نصيب احدهم كله يرجع به علي الشركا فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل وله ان ينقض القسمة ان شا دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع علي الشركا بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شايعا ثم استحق بعض ما بقي شايعا كان له ان يرجع علي الشركا بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض وعند ابي يوسف يرجع علي ما في ايديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم علي الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين او ابرا الغرما فح تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرما بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين فح لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة ولو ادعي احد المتقاسمين التركة دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين تعلق بالمعني والقسمة تصادف الصورة ولو ادعي عينا باي سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام علي القسمة اعتراف منه بان المقسوم مشترك قال ولو تهاييا في سكني دار او دارين او خدمة عبد او عبدين او غلة دار او دارين صح التهايي اعلم ان المهاياة مشتقة من الهية وهي الحالة الظاهرة للمتهيي للشي والتهايي تفاعل منها وهو ان يتواضعوا علي امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضي بهيئة واحدة ويختارها وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جايزة فيما ذكر الشيخ استحسانا والقياس ان لا يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالي لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياة واما السنة فما روي انه عليه السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب وما روي ان الرجل الذي خطب تلك المراة بين يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم وعلم انه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال عليه السلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شي وان لبسته لم يكن عليك منه شي اي بطريق المهاياة وهذا هو تفسير المهاياة وعلي جوازها اجماع الامة ولان المهاياة قسمة المنافع فجاز اليها للتكميل استيفا المنفعة لتعذر

الاجتماع علي عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهاياة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشايع في مكان ٥ معين فجرت المهاياة في المنافع مجري القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة لادي الي تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فيجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان الا ان القسمة اقوي منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع علي التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة نقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستانفها الحاكم ولا فايدة في الاستيناف ثم لو تهايا في دار واحدة علي ان يسكن احدهما بعضها والاخر البعض او احدهما العلو والاخر السفل جازت لان القسمة علي هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصبا لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة للربوا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربوا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما اخذ صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان يكون افرازا للكل او عارية في البعض والعارية ايضا غير لازمة والمهاياة لازمة وقيل هو افراز من وجه ومبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه انه افراز من كل وجه في المهاياة في المكان ولهذا لا يشترط فيها التاقيت وجاز لكل منهم ان يستعمل ما اصابه بالمهاياة علي الظاهر شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع علي ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهاياة في الزمان افراز من وجه وتجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معني الافراز يتحقق في المهاياة في المكان دون الزمان كذلك ولو تهايا في الزمان في عبد واحد جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايي في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بالاتفاق لان التهايي في المكان اعدل لاستوايهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقدم احدهما علي الاخر فكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل واحد منهما ينتفع في يومه بجميع الدار فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان نقرع في البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايا في عبدين علي الخدمة جاز اما عندهما فظاهر ان قسمة الرقيق جايزة عندهما فكذلك المنفعة واما عند ابي حنيفة فروي عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح ان القاضي يهايي بينهما جبرا بطلب احدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا علي ما بينا ولو تهايا بينهما علي ان نفقة كل عبد علي من ياخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة الي التنازع ونظيره استيجار الظير بطعامها وكسوتها لان الجهالة فيها لا تفضي الي المنازعة لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايا في دارين علي ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتي يجري الجبر علي قسمتهما وكذا عنده لان المنافع لا تتفاوت فيجوز ويجبر الابي منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة فيها بخلاف القسمة لان التفاوت في اعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا جبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه يصير بيع المنافع بالمنافع بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز علي ما مر في الاجارة بخلاف قسمة رقبتهما حيث يجوز بالتراضي لان بيع احدهما بالاخر جايز وفي الظاهر ان قوله كقولهما وفي الدابتين لا يجوز التهايي علي الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة علي هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة علي طاقته والدابة تتحملها واما التهايي في الغلة فنذكر من قريب ان شاء الله تعالي قال وفي غلة عبد او عبدين او بغل او

بغلين

بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة او لبن شاة لا اي لا يجوز في هذه الاشيا التهايي اما التهايي في غلة عبد واحد او بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفا فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايي في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زادت غلة الدار الواحدة في نوبة احدهما علي الغلة في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايي في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التهايي وقع في المنافع هناك فيجب مراعاة المعادلة فيها وبالتعاقب في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايا علي الاستغلال في الدارين وفضلت غلة احدهما حيث لا يشتركان فيه لان معني الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفا فان كل واحد منهما يصل الي الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر علي ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني وجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفي قدر القرض كان الفاضل مشتركا بينهما واما التهايي في استغلال عبدين او بغلين فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما ٥ يجوز لان المعادلة تمكن لاتحاد وقتهما وكذا يجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما فصار كالدارين بخلاف التهايي في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتي الا في زمانين فيتوهم التغير بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصا فيه فيعتبر من التعب بخلاف التهايي في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع كما ذكرنا ولان الخدمة تجري فيها التسامح عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة ان التهايي في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتهما ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايي في الاستغلال يمنع عند اختلاف الزمان بان وقع متعاقبا في عبد واحد فلان يمتنع عند اختلاف المحل اولي وجملة الامر ان مسايل التهايي اثنا عشر مسالة ففي استخدام عبد واحد جايز بالاتفاق وكذا في استخدام العبد علي الاصح وكذا التهايي في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين علي الخلاف والتهايي في سكني دار واحدة يجوز ٥ بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكني دارين وفي غلتها خلاف والاظهر انه يجوز بالاتفاق وركوب بغل او بغلين علي الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين علي الخلاف واما التهايي في ثمر شجر او لبن غنم فلانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الي التهايي لان التهايي في المنافع ضرورة انها لا تبقي فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ادم حيث يجوز المهاياة فيه حتي لو كانت جاريتان مشتركان بين اثنين فتهايا ان ترضع احداهما ولدا لاحدهما والاخري ولد الاخر جاز لان لبن ابن ادم لا قيمة له فجري مجري المنافع والحيلة في الثمار ونحوه ان يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جايز والله اعلم

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رح هي عقد علي الزرع ببعض الخارج وهذا في الشريعة قال ونصح بشرط صلاحية الارض للزراعة واهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الاخر والتخلية بين الارض والعامل في الخارج وان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر وتكون الارض لواحد والباقي لاخر او يكون العمل من واحد والباقي لاخر وهذا علي قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز المزارعة لهما ما روي انه عليه السلام عامل اهل خيبر علي نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر فتجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الي العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الي انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوايد لانه لا اثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع انه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الي يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روي انه عليه السلام نهي عن المخابرة تفسيرها المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فتكون في معني قفيز الطحان ولان الاجر مجهول ومعدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة ٥

جرت المهاياة في المنافع كما تجري القسمة في الاعيان

ولو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة قسم القاضي

ابن حجر

الحيلة في الثمار ونحوه

بلغ مقابلة علي خط مولفه

قوبل جابر

والشركة

النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جايز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو ان يوظف الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق اراضيهم والثاني خراج مقاسمة وهو ان يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزا شايعا والدليل على ذلك انه عليه السلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة على ما نبين والدليل عليه ايضا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سالته اليهود ان يقرهم بها على ان يكفوا عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شينا رواه البخاري ومسلم واحمد وهذا اصرح بانها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا اقر على ارضه بقيت على ملكه وما يوخذ من اراضيه خراج ولفظ البخاري اعطى خيبر اليهود ان يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها اغلب حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة اصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد يعقد على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فما ظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر ان يفسخ للعذر والاجارة تفسخ بالاعذار الا يرى انه ليس له ان يفسخ بعد ما بذر في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عند ان يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في ساير الديون اذا اعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر اجر المثل للعامل او للارض والغلة له لانها نما ملكه وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها وللتعامل والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها ان تكون صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانه عقد على منافع الارض او العامل وهو يعرف بالمدة ويشترط ان يكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة او اكثر والا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما او مثل احدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وان يبين من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل او منافع الارض لا تعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستاجر فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع الارض او منافع العامل وان يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وان يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله الاخر لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما وان يخلي بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط في العقد ما يفوته به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فينعقد اجارة في الابتدا ويتم بشركة في الانتها ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يودي الى قطع الشركة في البعض المسمى او في الكل اذا لم يخرج الارض اكثر من ذلك وكذا اذا شرط ان يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط ان يرفع عشر الخارج او ثلثه والباقي بينهما لانه لا يودي الى قطع الشركة وهو يصلح ان يكون حيلة الوصول الى دفع البذر وان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر او تكون الارض لواحد والباقي لاخر او يكون العمل لواحد والباقي لاخر وهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على انها اجارة ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر مستاجرا للعامل ويتبع له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استاجر خياطا ليخيط له بابرته او صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون آلته فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستاجر فتخرج المسايل على هذا كما رايت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستاجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم في الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستاجرا للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استاجر خياطا ليخيط له ثوبا بابرة من عند صاحب الثوب او حيانا ليطين له بمر من المستاجر قال فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لاخر او كان البذر لاحدهما والباقي لاخر او كان البذر والبقر لواحد والباقي لاخر او شرط لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات والسواقي او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللاخر اجر مثل عمله او ارضه ولم يزد على ما شرط والشيخ رحمه الله لما بين شروط جواز المزارعة بين ايضا الشروط المفسدة لها وبين ان الخارج في الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نما ملكه وان للاخر اجر المثل ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستاجر والاخر هو الاجير على ما بينا والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه والاول اصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر واجر الارض وهذه الجملة التي عدها مفسدة للاجارة اما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لاخر فلان صاحب البذر استاجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن ان يجعل تبعا للارض لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر امكن جعله تبعا لاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول واما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقي لاخر وهو العمل والبقر والارض فلان العامل اجير فلا يمكن ان يجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض من واحد والباقي من الاخر وهي المسالة الاولى وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل واما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لاخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا للعامل لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة وهنا وجه اخر لم يذكر في الكتاب وهو ان يكون البقر من واحد والباقي من اخر قالوا هو فاسد وينبغي ان يجوز بالقياس على العامل وحده او على الارض وحدها فانه يجوز ان يستاجر البقر كما يجوز ان يستاجر العامل او الارض والجواب عنه ان القياس لا يجوز المزارعة لان فيها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركنا ذلك بالاثر والاثر ورد في استيجار العامل او الارض فبقي ما وراءه على الاصل اذ استيجار شي باجرة غير مشار اليه ولا في الذمة واما اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات والسواقي او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج فلما بينا انه يودي الى قطع الشركة في البعض المسمى او في الكل وشرط صحتها ان يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا هو الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة او نحوها واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الشايع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يودي الى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لدفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه يحتمل ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما لانه يودي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن صحت لاشتراطهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة وقال مشايخ بلخ التبن ايضا بينهما اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت لانه شرط يخالف لمقتضى العقد فربما يودي الى قطع الشركة بان تصيبه آفة ولا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال وان صحت فالخارج على الشرط لصحة الالتزام قال فان لم يخرج شي فلا شي للعامل لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم يخرج الارض شيا حيث يستحق اجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه في الذمة قال ومن ابى عن المضي اجبر الا رب البذر لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير انها تفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القا البذر على الارض ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استاجر ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل

او قفزانا مسماة صح الجزو صح

اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا تفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شي له في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج فلا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ان يعطيه اجر مثل عمله لئلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتي بارضايه بان يوفيه اجر مثله قال وتبطل بموت احدهما لانها اجارة وهي تبطل بموت احد المتعاقدين اذا اعقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على اطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم بطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل او ورثته على حاله فاذا احصد نقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فيبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شي للعامل مقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شي بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتي بارضايه حيث كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت ياتي بدون اختيار واذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضايه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار على ما بينا وهذا عذر وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشي لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقومها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شي ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو مماطلا فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة وكذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قايم لان التبذير استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال فاذا لم يكن له عين فيها تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال وقيل لا تباع حتى تستحصد كما لا تباع بعد النبات النبات حتى يستحصد لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنما الا ترى ان الاب والوصي يملكان الزراعة لمال الصغير ولو كان استهلاكا لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات قال فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع اجر مثل ارضه حتى يدرك اي يجب على العامل اجر مثل ارض الاخر الى ان يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا ان في قلعه ضررا فابقيناه باجر المثل الى ان يستحصد فيجب على غيره صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفي منفعة الارض بقدر بخلاف ما اذا مات احدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى ان يستحصد ولا يجب على المزارع شي لانا بقينا عقد الاجارة هناك استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار العامل او وارثه على ما كان من العمل اما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب اجر المثل الا ايضا وكان العمل ونفقة الزرع ومونة الحفظ وكري الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستاجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مونته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات احدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان انفق احدهما على الزرع بغير امر القاضي وبغير امر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شيت فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع فارجع عليه بما انفقت عليه دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته ان يعملوا مكانه نظرا لهم ولا اجر لهم لانا بقينا العقد نظرا لهم فان تعاموا فعاملة وهو لا يستحق الاجر في المدة فكذا هم وان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا بقينا العقد نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للاخر الخيارات الثلاثة نظرا له على ما بينا قال ونفقة الزرع عليهما باجر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية اي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء المزارعة كما يجب عليهما اجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة اما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا واما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقا فلان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه

الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فينتهي وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فيجب مونته عليهما قال فان شرطاه على العامل فسدت اي شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وانما قلنا ذلك لان العقد ينتفي بعمل المزارعة وهذه الاشيا ليست من افعال المزارعة فكانت اجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف ان المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جايزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل الا ترى ان الاستصناع يجوز للتعامل واختار شمس الايمة السرخسي رواية ابي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو شرطا الجذاذ على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو ارادا تقصيل القصيل او جد الثمر بسرا او التقاط الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما انهياه لما عزما على القصيل والجذاذ بسرا فصار كالحصاد بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة وهي مفاعلة من السقي لغة قال هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على ان الثمرة بينهما يعني في العرف قال وهي كالمزارعة حتى لا يجوز عند ابي حنيفة كالمزارعة وعندهما يجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في اربعة اشيا احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر على ما نبين وفي المزارعة باجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البزر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا تشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى اول ثمر يخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها وينبتها لانه لا يعرف متى تنقطع النخيل او الرطاب لان الرطبة تنمو ما دامت مركبة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا اطلق في النخل حيث يجوز ويصرف الى اول ثمر يخرج منه والعرف ان ثمر النخيل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة اول جز منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل ولو اطلقه في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انتقضت المعاملة فيها لانتهاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم ان الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكرا مدة محتملة لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتدا بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بافة سماوية فلا يتبين ان العقد كان فاسدا فيبقى العقد صحيحا ولا شي لكل واحد منهما على صاحبه قال وتصح في الكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في النخيل والكرم ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يا باهما كما قال ابو حنيفة في المزارعة وانما جوزناها بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله اصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة اشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتاتى ذلك لان شرط دفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شي يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر او زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالراي

وقد ورد فيه احاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها وحكي نصا ان اهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص ان تكون معلولة فيجاز تعديتها الى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معلول قال وان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل جحت وان انتهت لا كالمزارعة لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال واذا فسدت فللعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل بالموت لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا كما في الزراعة لان في منعه الحاق الضرر به فيبقي العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى يستحق المونة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وليس لرب الارض ان يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فان اراد وان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد هنا ايضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل ان يقوم عليها الى ان ينتهي الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل اجر حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع اجر مثل الارض الى ان يدرك الزرع لان الارض يجوز استيجارها ولذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل سارقا او مريضا لا يقدر على العمل لانها في معنى الاجارة وقد بينا انها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه يسرق الثمر والسعف فيلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزام استيجار الاجراء ولو اراد العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتاويل قول من قال انه يمكن ان لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا او كرما او نخلا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض او لانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بآلات الاجير على ان يكون اجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله والالات فيكون في معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استاجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على ان له نصف المصبوغ او لان صاحب الارض يكون مشتريا لنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهولة ومعدومة وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة ايضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه واجر مثل عمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل باذن في ارضه صار كان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه

قيمة

قيمة اشجاره واجر مثل عمله لانه ابتغي لعمله اجرا وهو نصف الارض او نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه اجر مثله والله اعلم

كتاب الذبائح

قال هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح اي الذبائح جمع ذبيحه والذبيحة اسم للشيء المذبوح قال والذبح قطع الاوداج لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمري والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم لان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيتطهر به وان كان غير ماكول ولفظة الذكوة تنبي عن الطهارة ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها اي طهارتها واصل تركيب التذكيه يدل على التمام ومنه ذكا السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختياريه واضطراريه فالاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين والثانية الجرح في اي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهواية البدلية وانما كان كذلك لان الاول ابلغ في اخراج الدم من الثاني فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفي بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة او دعوى كالمسلم والكتابي ويشترط في حق الصيد ان يكون حلالا وان يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وحل ذبيحة مسلم وكتابي لما تلونا فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكي يحل من اي كافر كان ولا يشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين ان يكون ذميا او حربيا ويشترط ان لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح او عزيرا لا يحل لقوله تعالى وما اهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو اهل به لغير الله لا يحل قال وصبي وامراة واخرس واقلف المراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو ان يعلم شرايط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة او الانوثة لا تخل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل اولى لانه الزم قال لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله عمدا اي لا تحل ذبيحة هولاء اما المجوسي فلقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقادا او دعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك مثله واما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكوته لما ذكرنا والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيعتبر الاخف واما المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في حق غير الصيد تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله غير مشروع فلا تحل اكله وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا كذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا تحل واما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله عليه السلام لعدي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا توكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح يوكل عنده لقوله عليه السلام يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولحديث عايشة رضي الله عنها انها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب ياتوننا بلحم فلا ندري اسموا عليها او لم يسموا فقال عليه السلام سموا انتم وكلوا ولو كانت شرطا لما امرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطا قامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه عد خرقا له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى

الاصل في النصوص ان تكون معلولة

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

الذكاة اختيارية واضطرارية

المتولد من الكتابي والمشرك

متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد

وله عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح

لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة واجماع الامة فكان مردودا او نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية (عائشة رضي الله عنها) وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمي عليه وهي شرط فيه وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر انه لا يترك ظاهرا كمن اشترى شياه جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال ـــ وحل لو ناسيا اي حل المذكى ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان مرفوع حكمه بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان ولان في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعذر في الاشيا التي لا مذكر لها من جهة حاله كالاكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلوة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد لانه حالة مذكرة والنص غير مجري على اطلاقه اذ لو اريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غير ويختص بالقياس لانه ذاكر ومسمي بتقدير القيام الملة مقامها ولا يقال ان الاية مجملة لانه لا يدري هل اريد بها حال الذبح او الطبخ او حالة الاكل لانا نقول اجمع السلف على ان المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها الا ترى ان ذبيحة المجوسي لا يؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق يعقل الا ان الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط ان يكون عند الذبح قاصد التسمية على الذبيحة ولو سمي ولم تحضره النية صح لانه اتي بالتسمية وظاهر حاله يدل على انه قصد به التسمية على الذبيحة فتقع عنها ولو سمي واراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا تحل كمن قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وتشترط التسمية حال الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر ان يذبح عقيب التسمية قبل ان تبدل المجلس حتى اذا سمي واشتغل بعمل اخر من كلام قليل او شرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح يحل وان كان كثيرا لا يحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا تتخلل بينهما شي لا يمكن الا بحرج عظيم فاقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد تشترط عند ارسال الجارح او الرمي وهو على الالة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو اضجع شاة وسمي ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمي الي صيد وسمي فاصاب صيدا اخر حل وكذا اذا ارسل كلبه الي صيد فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالالة ولو اضجع شاة وسمي وطرح السكين واخذ سكينا اخر فذبحها به ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمي على سهم فتركه واخذ غيره فرمي به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمي فذبح شاتين على التعاقب حل في الاولى دون الثانية ولو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحد وتسمية واحدة حل اكلهما قال ـــ وكره ان يذكر مع اسم الله غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز وهذا النوع على ثلثة اوجه احدها ان يذكر موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا تحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل تحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه ومن هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لما ذكرنا والثاني ان يكون موصولا على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول باسم الله واسم فلان او بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما اهل به لغير الله وقال عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل ان يضجع الشاة او قبل التسمية او بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني او من فلان فهذا لا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان عليه السلام يقول اذا اراد

ان يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا بقوله فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة في المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عليه منهي عن اكله لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال ـــ والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه ما روي انه عليه السلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى الا ان الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على ابلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح اعلا من الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الامام الرستغفني فانه قال سئل عمن ذبح الشاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان تبقى مما يلي الراس اتؤكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد ثم حكي ان شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المري واصحابنا رحمهم الله وان شرطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع احدهما عند الكل واذا لم يبق شي من عقدة الحلقوم مما يلي الراس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى او الاسفل ثم علم فقطع مرة اخرى الحلقوم قبل ان يموت بالاول ينظر فان كان قطع تمامه لا يحل لان موته بالاول اسرع منه بالقطع الثاني والا حل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع اعلا من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها قال ـــ والمذبح المري والحلقوم والودجان لما روي انه عليه السلام قال افر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمري مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها واطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو التوجيه واخراج الدم لانه بقطع المري والحلقوم يحصل التوجيه وبقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع المري والحلقوم لا يموت فضلا عن التوجيه فلا بد من قطعهما او قطع احدهما ليحصل التوجيه ولا بد من قطع الودجين او احدهما ليحصل انهار الدم قال ـــ وقطع الثلث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما انهر الدم الا سنا وظفرا قائمين وهذا الاكتفاء بالثلاث مطلقا قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعن ابي يوسف انه يشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربعة واجمعوا على انه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير ان محمدا اعتبر اكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل واحد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها وابو يوسف يقول ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم فاما الحلقوم والمري فمخالفان للاوداج وكل واحد منهما يخالف الاخر فلا بد من قطعهما وابو حنيفة يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل واي ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع المري والحلقوم ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي بالاكثر ايها كانت لا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفي بقطع الحلقوم والمري وقال مالك لا بد من قطع الاربعة والحجة عليهما ما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع

فلامعني لاشتراط الكل ولا للاقتصار علي مادون الثلث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه
الاشيا ميتة لا يحل اكلها لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافري الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدي الحبشة ولانه
فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغيرا المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم ويروي افري الاوداج بما شيت وما
رواه محمول علي غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد ولانه آلة جارحة فيحصل بها ماهو المقصود وهو
اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معني الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة
الالم وقد نهينا عنه وامرنا بضده وقوله وليطة او مروة او صوفة وما انهر الدم لما روي عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول
الله انا نصيد الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار وشقة العصا فقال صلى الله عليه وسلم افري الاوداج بما شيت واذكر
اسم الله رواه البخاري ومسلم وغيرهما واما الظفر القايم والسن القايم فلما روي عن رافع بن خديج انه قال قلت يا رسول الله
نلقي العدو غدا وليس معنا مدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا
او ظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدي الحبشة رواه البخاري ومسلم وتاويله اذا كان قايما علي ما بينا
الاتري الي قوله عليه السلام اما الظفر فمدي الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقايم منه قال وندب حد الشفرة لقوله
عليه السلام ان الله كتب الاحسان علي كل شي واذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم واحمد وغيرهما ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي انه عليه السلام راي رجلا قد
اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال وكره النخع
وقطع الراس والذبح من القفا والنخع هو ان يصل الي النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه
عليه السلام عن نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل ان يمد راسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل
ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فايدة ويكره ان يجره
ما يريد ذبحه الي المذبح وان يسلخ قبل ان تبرد لما ذكرنا وتوكل في جميع ذلك لان الكراهيه لمعني زايد وهي زيادة الالم فلا يوجب
الحرمة وكذا لو ذبحها متوجه لغير القبله يكره وتوكل لان السنة في الذبح ان يستقبل القبله هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في اضحيته القبلة لما اراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة الم فيكره وتحل اذا بقيت حية
حتى تقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكوة وان ماتت قبل قطع العروق لا توكل لوجود الموت بما ليس بذكوة قال
وذبح صيد استانس وجرح نعم توحش او تردى في بير لان ذكوة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكوة الاختيار
علي ما مر ولم يتحقق العجز فيما استانس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردي في بير ووقع العجز عن ذكوته
فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يوكل وان علم انه لم يمت من الجرح لا يوكل وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا
الدجاجة اذا انعلقت علي شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردي
وعن محمد ان الشاه اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها وان ندت في الصحرا تحل بالعقر لتحقق
العجز عن ذكوة الاختيار وفي البقر والابل يتحقق العجز في الصحرا او المصر فيحل بالعقر والصيال كالند وذا اذا كان لا يقدر
علي اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكوته وسمي حل اكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلي بذكاة الاضطرار
لان العجز فيه عن ذكوة الاختيار فيه نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم في سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لهذه البهايم اوابد كاوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر ولان المعتبر
حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الي البدل علي انا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا الي النوازل ان بقرة
لو تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر علي

مذبحه حل ايضا وان كان يقدر لا يحل قال وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل وانما كانت السنة
في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح لموافقة السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال
الله تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جا في التفسير اي انحر الجزور ولان النحر ايسر في الابل وفي
البقر والغنم الذبح ايسر فكان في كل واحد منهما ما هو الايسر فيه وان نحر البقر والغنم وذبح الابل جاز لحصول المقصود
وهو تسييل الدم وكره لترك السنة المتوارثة وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بينا
والنحر قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين قال ولم يذك جنين
بذكاة امه اي لا يصير الجنين مذكى بذكاة امه حتى لا يحل اكله بذكاتها وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد
رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد وجماعة اخر اذا تم خلقه حل اكله بذكاتها لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة
امه وروي انه عليه السلام قيل له يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة او الشاة نجد في بطنها الجنين انلقيه ام
ناكله فقال كلوه ان شيتم فان ذكاته ذكاة امه واحتجوا ايضا بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش
الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله تعالى علينا باباحة اكله لنا ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها
حتى يفصل بالمقراض ويتغذي بغذايها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في الاحكام الواردة علي الام كالبيع والهبة
والعتق فاذا كان جزأ لها فيكون جرح الام ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع انه عجز في الاثنين عن ذكوتهما
الاختيارية فانتقل الي ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الام في الجنين فصار مثله بل فوقه لانه يموت
به قطعا والغالب في الصيد السلامة لاسيما اذا وقع الجرح في اطرافه ولابي حنيفة ومن تابعه ان الله تعالى حرم الميتة
وهو اسم لحيوان مات من غير ذكوة الا ترى ان الله تعالى شرط التذكية بقوله الا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين مات خنقا
فيحرم بالكتاب ولهذا لانه اصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موت امه فوجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه
فيحل به ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود من الذكاة اخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا يفرد بالجناية
الغرة ويقبل العتق وحده وتصح الوصية له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا لامه فيه لانه لا يحصل المقصود بذكاة
امه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد لانه يخرج الدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز يحققه انه لو
كان جزأ للام لحل اكله وان لم يتم خلقه لان جميع اجزاء الام ماكول فلما لم يوكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها وما رووه لا يعارض
الدليل القطعي والمراد بالحديث الاول ان صح التشبيه اي ذكاة الجنين كذكوة امه والتشبيه علي هذا الطريق فاش
قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والارض ويقال زيد الاسد اي كالاسد قال الشاعر وعيناك عيناها وجيدك
جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق اي كعينيها فلا بد علي انه يكتفي بذكاة الام والدليل علي انه يروي ذكاة امه
بالنصب علي المصدر اي يذكي ذكاة مثل ذكاة امه وهذا يبين ان المراد بالرفع التشبيه والا لفسد المعني لانه يودي الي
ان ذكاة الجنين هو ذكاة للام بمعني انه يكتفي به ويستغني به عن ذكاة امه لان قوله ذكاة الجنين مبتدا وذكاة
امه خبر فيفسد المعني لان احدا لم يقل ان ذكاة الجنين يغني عن ذكاة الام وهذا كما تقول كلام زيد كلام القوم بمعني
انه يكتفي به ولا يحتاج الي كلامهم وانما كان كذلك لان المبتدا والخبر اذا كانا معرفتين وجب تقدم المبتدا وتاخير الخبر
بمعني ان المتقدم هو المبتدا والمتاخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما اشرف علي الموت قال الله تعالى
انك ميت وانهم ميتون اي اذبحوه وكلوه وهذا مثل ما روي انه عليه السلام اذن في اكل لحم الخيل اي اذا ذبح لان الشي
اذا عرف شروطه وذكر مطلقا ينصرف اليها كقوله تعالى اقم الصلوة اي بشروطها وانما يدخل الجنين في البيع تحريا للجواز
لان البيع يفسد باستثنائه وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ولا يقال لو لم يحل اكله بذكاة امه لما حل ذبح امه
لان فيه تضييع الولد ونهي النبي عليه السلام عن اضاعة المال لانا نقول لعله لا يتيقن به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم او لان المقصود لحم الام

الشي اذا عرف شروطه وذكر مطلقا ينصرف اليها

مسر قوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا

النهي عن النخع

يكره ان يجره الي المذبح

يكره السلخ قبل ان تبرد

اشكل صح

الصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه

هذا صح

من نوادر المسايل

الفرق بين النحر والذبح

الجنين جزء من الام حقيقة وحكما

المقصود من الذكوة اخراج دمه ليتميز من اللحم

حذف حرف التشبيه من الكلام

كلام زيد كلام القوم

وجه دخول الجنين في البيع والاعتاق

فلا يتوسل اليه الا به فكان قتله لغرض صحيح وإذا كان يجوز قتل المسلمين للتوسل الى المقصود كما اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك به بالاجنبي والله اعلم فصل فيما يحل وفيما لا يحل اكله قال ولا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع او طير اي لا يحل اكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وابو داود وجماعة اخر وعن ابي ثعلبة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة والمراد بذي مخلب ماله مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك ان المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ماله مخلب وهو الظفر كما اريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى ان يتولد من لحمها شي من طباعها فيحرم اكراما لبني ادم وهو نظير ما روي انه عليه السلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روي انه عليه السلام اباح اكلهما محمول على الابتدا او يدخل فيه الفيل ايضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال وحل غراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال لا الابقع الذي ياكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل اي هذه الاشيا لا تؤكل اما الغراب الابقع فلانه ياكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلثة انواع نوع ياكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع ياكل الحب فقط فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو ايضا يؤكل عند ابي حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح وقال في النهاية ذكر في بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر في بعضها انه لا يؤكل لان له نابا واما الضبع فلما روينا وبينا ولانه ياكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا واما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها من الخبائث لان العرب تستخبثها وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي انه عليه السلام اباح اكله محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتدا حرام الا الثلثة اشيا على ما قال الله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك اشيا لا تحصى والشافعي يجوز اكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلونا وروينا والحجة عليهما ما بينا واما الحمر الاهلية فلما روي عن ثعلبة الخشني انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخاري ومسلم واحمد واما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما يولد من ماكول وغير ماكول قال وحل الارنب لانه عليه السلام امر اصحابه ان ياكلوه حين اهدي اليه مشويا رواه احمد والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان اثر الذكاة في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه ايضا حتى لو وقع في الما القليل لا ينجسه وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والادمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكوة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة قال ولا يؤكل مائي الا السمك غير طاف وقال مالك يؤكل جميع حيوان الما واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي انه اباح ذلك كله قال صاحب الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي ان يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته لانه لا دم في هذه الاشيا اذ الدموي لا يسكن الما والمحرم هو الدم فاشبه السمك وروي جابر انهم اصابهم جوع شديد في الغزو فالقى البحر ميتا يقال له العنبر فاكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا اخرجه الله عز وجل لكم اطعمونا ان كان معكم الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء يبدو اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع

السرطان والصيد المذكور فيما تلي محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل اكله والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال جعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم ير مثله يقال له العنبر الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم واحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في حال المخمصة وفيها تحل الميتة والخنزير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالاجماع والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري واما الطافي فيكره اكله لقول جابر رضي الله عنه انه عليه السلام قال ما نضب عنه الما فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثله وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما رويا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه لمرض او نحوه ثم الاصل فيه انه متى عرف سبب موته كلفظ البحر او حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن اخذه من غير حيلة او ابتلاع سمكة او بقتل طير الما اياها او الجماد الما عليها فمات حل اكلها لان سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الما او برده قيل يؤكل لان لموتها سببا معلوما وقيل لا يؤكل لان الما لا يقتل السمك حارا كان او باردا وان انحسر الما عن بعضه ومات روى هشام عن محمد انه ان كان راسه في الما لا يؤكل وان كان ذنبه في الما وراسه انحسر عنه الما اكل لان خروج راسه عن الما سبب لموته فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط فيه ان يعلم باي سبب مات حتى لو بان عضو بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو ايضا قال رحمه الله وحل بلا ذكاة كالجراد اي حل السمك بلا ذكوة كالجراد لما روينا قال ولو ذبح شاة فتحركت او خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته وان علم حل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما او وجود احدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فيحل لان الاصل بقا ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم لا يتجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يتاتى في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذيب بطنها لان ذكاة هذه الاشيا تحلل وان كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم وعن ابي حنيفة انها انما تحل اذا كانت تعيش يوما لولا الذكاة وعند ابي يوسف ان كان بحال لا يعيش مثله لا تحل وعند محمد ان كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح تحل والا فلا وسنبينها ان شا الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت فاها اكلت وان فتحت عينها لا تؤكل وان ضمت عينها اكلت وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها اكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخا وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخا بل هي حركات تختص بالحي فيدل على حياته وقال قاضي خان هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح وان علم حياته وقت الذبح اكل على كل حال وكذا ذكر في المحيط ايضا كتاب الاضحية وهي اسم لما يضحى بها كالاروية وهي الانثى من الوعول وتجمع على اضاحي بالتشديد على افاعيل كالاراوي في جمع الاروية ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال اضحاة وتجمع على اضاحي كارطاة وارطا وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرائطها وسببها وشرائطها الاسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق في اللحم يكون تمليكا واباحة قال تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة او سبع بدنة يوم النحر الى اخر ايامه وفي الجوامع عن ابي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها سنة موكدة على قول ابي يوسف ومحمد وهكذا ذكر بعضهم ايضا ووجه السنة قوله عليه السلام اذا

واجبة وانما لا يجب على المسافر لان اداءها

رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره رواه مسلم وابو داود واحمد وجماعة اخر و التعليق بالارادة ينافي الوجوب و لانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكوة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة المالية فصار كالعتيرة و وجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه احمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب و لانه عليه السلام امر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب اعادتها و لانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص والاختصاص بالوجوب والوجوب هو المفضي الى الوجوب ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب و لا تصح الاضافة باعتبار جواز الادا فيه لا يرى ان الصوم يجوز في ساير الشهور ولا يسمى بشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة يجوز في كل يوم ولا يسمى بيوم الجمعة يوم واحد لان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تختص باسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكوة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا حرج و المراد بالارادة فيما روي ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع في المباح و العتيرة منسوخة وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتدا الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة و انما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر و الاسلام لان القربة لا تتادى الا من المسلم و الاقامة لما بينا و اليسار لما روينا و لان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير و مقداره ما يجب فيه صدقة الفطر و الوقت وهو ايام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط ان يكون غنيا في ايام النحر و لو كان فقيرا فايسر فيها تجب لانه ادرك وقتها وهو غني لان الموجود في بعض الوقت كالموجود في اوله و قبل لا تجب عليه لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر والفقير ليس من اهله فجعله في هذه الرواية نظير صدقة الفطر و قوله عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه و قوله لا عن طفله اي لا يجب عليه عن اولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل في العبادات ان لا تجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الاضحية و لهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه و روى الحسن عن ابي حنيفة ان الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر ثم على هذه الرواية لو ولد له ولد في ايام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها و الاول ظاهر الرواية وقد بينا وجهه و ان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة و قال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه من مال نفسه لا من مال الصغير و الخلاف في الاضحية كالخلاف في صدقة الفطر و قيل لا يجوز الاضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير كالاعتاق و كذا التصدق به ولا يمكن الصغير ان ياكل اللحم كله و الاصح انه يضحي من ماله وياكل منه ما امكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية و في الكافي الاصح انه لا يجب ذلك وليس للاب ان يفعله من ماله اي من مال الصغير و قوله شاة او سبع بدنة بيان للقدر الواجب و القياس ان لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس و تجوز عن ستة او خمسة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن من دونه اولى و لا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فبقي على الاصل و كذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من ان يكون قربة خرج الكل عن ان يكون قربة على ما بيناه في الهدي و قال مالك تجوز الواحدة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على اهل كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة و لو كانت البدنة بين اثنين نصفان تجوز في الاصح لان نصف السبع يكون تبعا للثلاثة الاسباع و اذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون و لو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة و لو اشترى بقرة يريد ان

يضحي بها عن نفسه ثم اشترك ستة معه اجزاه استحسانا و القياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها تمولا وفي الاشتراك ذلك فلا يجوز و وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركا وقت الشرا فيشتريها ثم يطلب الشركا ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا و الاحسن ان يفعل ذلك قبل الشرا ولا يشتري حتى يجتمعوا اقدر ما يريد من الشركا ليخرج من الخلاف وعن صورة الرجوع و عن ابي حنيفة مثل قول زفر قال ولا يذبح مصري قبل الصلاة و ذبح غيره اي لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا الاضحية قبل ان يصلي صلاة العيد يوم الاضحى و غيره اي غير اهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل ان يصلي الامام صلاة العيد و الاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه واصاب سنة المسلمين و قال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير عن القروي اذ لا صلاة عليه و هو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام و المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة و حيلته اذا اراد التعجيل ان يبعثها الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر و انما اخر الى ما بعد الصلوة في المصر لما ذكرنا وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الادا مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال ليس بمحل لها و لهذا لا يسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر و لو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد قبل ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة و ان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان و قيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكان اصلا والاخر كالخلف عنه و لو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل ان يسلم لم يجز خلافا للحسن و لو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول اخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا يجزيهم التضحية ما لم يصل الامام في اليوم الاول الا بعد الزوال ثم يجوز لخروج وقتها و كذا في اليوم الثاني لا يجزيهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون ان يصلي الامام ثم تجزيهم قبل الزوال هكذا ذكر في المحيط و ذكر فيه ايضا ان التضحية في الغد او بعد الغد تجوز قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضا لا ادا و لا يظهر هذا في حق التضحية و قال هكذا ذكر القدوري في شرحه و لو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلما من قال لا يعيد الصلوة الا الامام وحده فكان الاجتهاد فيه مساغا فجعلناه عذرا في حق جواز التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد و لو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم لان البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد و لو شهدوا عند الامام انه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة اجزاتهم الصلاة و التضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطا فيحكم بالجواز صيانة لجميع المسلمين بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة لانه لا يتعذر التحرز عن مثله و وقتها ثلاثة ايام اولها افضلها يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لان الراي لا يهتدي اليه فيحمل عليه و انما كان اولها افضل لان فيه مسارعة الى الخير ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة و ايام النحر ثلثة ايام وايام التشريق ثلثة ايام والكل يمضي باربعة ايام اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق و التضحية فيها افضل من التصدق بثمن التضحية لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهي واجبة عند البعض وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي افضل و لانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكان افضل و نظيره الطواف للافاقي افضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوته بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل لانها خير موضوع و لو لم يضح حتى مضت ايام النحر وكان غنيا وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سوا كان اشترى او لم يشتر لانها واجبة في ذمته فلا تخرج عن العهدة الا بالادا كالجمعة تقضى ظهرا والصوم بعد العجز فدية و ان كان فقيرا فان كان اشترى الاضحية او اوجب على نفسه بالنذر

وجب عليه ان يتصدق بذلك الذي اوجبه او اشتراه لانها تعينت بالشراء بنية الاضحية او بالنذر فلا يجزيه غيرها الا اذا
كان قد رفيتها بخلاف الغني لان الاضحية واجبة في ذمته فيجزيه التصدق بالشاة عنه او بقيمتها ولا يجب عليه الكثير من ذلك
الا اذا التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب في ذمته لم يجب عليه ان يتصدق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب
الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا اذا اطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره
معه وان اراد به الواجب بسبب الغنا لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب ينصرف الى غير الواجب ظاهرا ولكن
يحتمل الصرف الى الواجب تاكيدا له ونظيره النذر بالحج وعليه حجة الاسلام فانه يلزمه حجة اخرى الا اذا عنى به ما هو
الواجب عليه قال ويضحي بالجما وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل اولى لما قلنا
قال والخصي وعن ابي حنيفة هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين
موجوئين الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي يتبعه شعيرات سود وهي من لون الملح والموجو المخصي الوجا وهو ان
يضرب عروق الخصية بشي قال والثولا وهي المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بان كانت سمينة ولم
تمنعها من السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجزيه والجربا ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود
قال لا بالعميا والعورا والعجفا والعرجا اي التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح لما روي عن البراء بن عازب انه
عليه السلام قال اربع لا تجوز في الاضاحي العورا البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجا البين ضلعها والكبيرة التي
لا تنقي رواه ابو داود والنساي وجماعة اخر وصححه الترمذي قال ومقطوع اكثر الاذن او الذنب او العين او
الالية لقول علي رضي الله عنه امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن ولا نضحي بمقابلة ولا مدابرة
ولا شرقا ولا خرقا رواه ابو داود والنساي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من موخر
اذنها والشرقا ان يكون الخرق في اذنها طويلا والخرقا ان يكون عرضا وان بقي اكثر الاذن جاز وكذا اكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل
بقاوذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن ابي حنيفة ان الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان
يجوز وان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما
زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروي عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل ويروى ان ذهاب الثلث مانع لقوله
عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي اكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة وهو اختيار ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي لابي حنيفة فقال قولي كقولك قيل هو رجوع الى
قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما وتاويل ما روينا اذا كان
بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شي من الاذن لا يمنع ثم معرفة الذاهب
والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا تشد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا
قليلا فاذا راته في موضع اعلم على ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيئا فشيئا حتى اذا راته
من مكان اعلم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا او ثلثا او غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر والعتما لا
تجوز وهي التي لا اسنان لها وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه ان بقي ما يمكن
الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكا وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغيرا تجوز ولا تجوز الجلالة
وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها ولا الجذا وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها
ولا الجدا وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه ان يقيم غيرها مقامها
ان كان غنيا وان كان فقيرا تجزيه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتدا لا بالشرا فلم تتعين بالشرا والفقير ليس عليه
واجب شرعا فتعينت بشرايه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فاشبهت نصاب

الزكاة وعن ابي سعيد انه قال اشتريت كبشا اضحي به فعدى الذيب فاخذ الالية فسالت النبي صلى الله عليه وسلم
فقال ضح به رواه احمد ويحمل على انه كان فقيرا لان الغني لا تجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه
وانما تعينت بالشرا في حقه حتى لو اوجب الفقير اضحية على نفسه بغير عينها فاشترى اضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط
عنه الواجب لانه وجب عليه اضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا لو كانت معيبة وقت الشرا جاز ذبحها لما ذكرنا انه
ليس بواجب عليه وعلى هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شي على الفقير ولو ضلت او سرقت
فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى المعسر ذبحهما وذكر الزعفراني في رجل اشترى شاة للاضحية
واوجبها اضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها واوجبها اضحية ثم وجد الاولى فان اوجب الثانية ايجابا مستانفا فعليه ان يضحي
بهما وان اوجبها بدلا عن الاولى فله ان يذبح ايهما شا لان الايجاب يتحد ما تحد الواجب وهذا بناء على اصله ان الفقير اذا اشترى
شاة بنية الاضحية لا تتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشرا لم يوضع للايجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم
الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشرا موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر
الرواية تتعين للاضحية بالشرا لان الشرا من الفقير بنية الاضحية بمنزلة النذر عرفا وعادة لانا لا نجد في العرف فقيرا اشترى شيئا
للاضحية الا ويضحي بها لا محالة فكان بها ملتزما ولو اضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا
خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كانه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف لانه حصل له بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل
والبقر والغنم لان جواز التضحية بهذه الاشيا عرفت شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر
بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز التضحية بها لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس ممتنع وفي المتولد منهما
تعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام قال وجاز الثني من الكل والجذع من الضان لقوله عليه السلام لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر
عليكم فتذبحوا جذعة من الضان رواه البخاري ومسلم واحمد وجماعة اخر وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان رواه احمد وقال
عليه السلام يجوز الجذع من الضان ضحية رواه احمد وابن ماجة وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر
من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر عند الفقها وذكر الزعفراني انه سبعة اشهر والثني من المعز والضان ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهايم قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة
ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر قال
وان مات احد السبعة وقالت الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم
ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد
المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته
ولم يوجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة خرج
الكل من ان يكون قربة لان الاراقة لا تتجزى وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولا للميت ولو
كان بعض الشركا صغيرا او ام ولد بان ضحى عن الصغير ابوه او عن ام الولد مولاها وان لم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو ذبحوها
بغير اذن الورثة فيما اذا مات احدهم لا تجزيهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة قال وياكل من لحم الاضحية
ويوكل غنيا ويدخر لما روي انه عليه السلام نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلث ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنساي
وقال عليه السلام فيه بعد النهي عن الادخار كلوا واطعموا وادخروا الحديث رواه مسلم والبخاري واحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع
الامة ولانه لما جاز ان ياكل منه وهو غني فاولى ان يجوز له اطعام غني وان كان غنيا قال وندب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات

ثلث الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر اي السائل والمعترض للسوال فانقسم عليها ه
اثلاثا ويستوي في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم يكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان ياكل منها شيا ولا ان
يطعم غنيا من الاغنيا سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولا ان يطعم الاغنيا قال
ويتصدق بجلدها او يعمل منه نحو غربال وجراب لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به الا يرى ان له ان ياكل لحمها ولا باس بان
يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقايه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد
الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم
بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق
بالجلد واللحم وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهية البيع واما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم
ولا يعطي اجرة الجزار منها شيا لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجرة الجزار منها شيا والنهي عنه
نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه ياخذ بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره ان يجز صوفها قبل الذبح لينتفع به لانه التزم اقامة
القربة بجميع اجزايها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد اقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره له الانتفاع بلبنها كما في الصوف ه
ومن اصحابنا من اجاز الانتفاع للغني بلبنها وصوفها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين قال ويستحب ان يذبح بيده ان علم
ذلك لان الاولى في القرب ان يتولاها الانسان بنفسه وان امر به غيره فلا يضر لانه عليه السلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين
ثم اعطى الحربة عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالافضل ان يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي له ان يشهدها بنفسه
لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ذبح الكتابي لانه قربة
وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل
الذكوة فكان افسادا لا تقربا قال ولو غلطا وذبح كل اضحية صاحبه صح ولا يضمنان وهذا استحسان والقياس لا يجوز ه
الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة
فلا يتادى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان ه
يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام ويخاف ان
يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها وكيف لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه
ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو اعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا ه
الجنس مسايل استحسانية لاصحابنا ذكرناها في الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما ياخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية
ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما اكل ما ذبحه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزيه لانه لو اطعمه الكل في الابتدا يجوز وان
كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتها وان تشاحا كان لكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن
اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر
في المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح اضحية غيره بلا امره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها
بنفسه بل يفوض الى غيره فصار ماذونا له دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان بغير امره لا يضمن ولو باع
اضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان الثاني انقص من الاول تصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته
لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح اضحية غيره بغيره
اذنه من نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة
وان اخذها مذبوحة اجزات المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله اعلم كتاب
الكراهية هي ضد الارادة والرضا في اللغة قال المكروه الى الحرام اقرب ونص محمد ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ

الجرجرة بانگ كردن در بختن فعل الاول قوله نار جهنم بالرفع
وعلى [illegible] بالنصب كذا وجدت بخط شيخي واختار في المغرب النصب
فقال هكذا كان محفوظا من الثقات بنصب النار ومعناه يردد ها في
العجل اذا ردد صوته في حنجرته كذا في النهاية

روي انه عليه السلام كان ياكل الدجاج

الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب لقبه بباب الكراهية وفيه عبر مكروه لان
بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق
وفيه بيان ما اباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظة الاستحسان
احسن فلقبه به او لان اكثر مسايله استحسان لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسايله اطلقه
الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول فصل في الاكل والشرب قال ويكره لبن الاتان
لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند ابي حنيفة كلحمه على ما ذكره قاضيخان في فتاواه ولا يوكل الجلالة
ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن اكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط
فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدر في النوادر بشهر
وقيل باربعين يوما في الابل وبعشرين يوما في البقر وبعشرة ايام في الشاة وثلثة ايام في الدجاجة اما التي تخلط بان تتناول
النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك في لحمها فلا باس به ولهذا احل اكل جدي غذي بلبن الخنزير
لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس باكل الدجاج لانه تخلط ولا يتغير لحمه وروي
انه عليه السلام كان ياكل الدجاج وما روي ان الدجاج تحبس ثلثة ايام ثم تذبح فذاك على سبيل التنزه لا انه شرط ولو سقي
ما يوكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره قال والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب
وفضة للرجل والمراة لما روي عن حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا
الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تاكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الاخرة رواه البخاري
ومسلم واحمد وعن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي يشرب في انا الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه
البخاري ومسلم واحمد وقال عليه السلام ان الذي ياكل او يشرب في انا الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه
مسلم وعن عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يشرب في انا فضة كانما يجرجر في بطنه
نار جهنم رواه احمد وابن ماجة وعن البراء بن عازب انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب في الفضة
فانه من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الاخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك في الشرب والاكل فكذا في التطيب
وغيرهما لانه مثله في الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيها هو بمعناهما دلالة لما عرف في موضعه ولانها تنعم
بنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله فيهم اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وقال عليه السلام من تشبه
بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوي فيه الرجال والنسا لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب
والفضة والاكتحال بميلها وما اشبه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يردد من جرجر العجل اذا ردد صوته في حنجرته
وقال في النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا
ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال كذا ذكره في الذخيرة قال ولا باس بانا رصاص وزجاج
وبلور وعقيق اي لا يكره استعمال الاواني من هذه الاشيا وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة في
التفاخر قلنا لا نسلم ولين كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشيا في معناهما فامتنع الالحاق
بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد انه قال اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ما
في تور من صفر فتوضا رواه البخاري وابو داود وغيرهما ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه
بل عينه قال ويجوز الشرب من انا مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي
موضع الفضة اي يتقي موضعها بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ وفي الشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس وكذا
الانا المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين او في قبضتهما

ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المشجر او حلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب والثغر لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة وهذا كله عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ومع ابي يوسف رحمه الله عليهم وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا لابي يوسف ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني واحتج ايضا بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشيء من ذلك ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ما روي عن انس ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ه ولاحمد عن عاصم الاحول قال رايت عند انس قدح النبي صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال يقصد للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب وروي ان هذه المسالة وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانقي وابو حنيفة وائمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه في موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين لك فقال ارايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه ايكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه قال ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل في الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فح تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شيء يصح ضمنا وان لم يصح قصدا الا ترى ان بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم او اجير مجوسي فارسله ليشتري لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه اكله لانه لما قبل في حق الشرا لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بان قال هذا حلال او هذا حرام قال والمملوك والصبي في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات اي خبر هؤلاء يقبل فيما ذكر لانه من المعاملات واصله ان المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان او عبدا مسلما او كافرا صغيرا كان او كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قل ما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله او يستخدمه ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام فاشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيه التزاوير والاشتغال بالاباطيل ولان المعاملات اكثر وقوعا فاشتراط العدالة فيها يؤدي الى الحرج فيشترط فيه التمييز لا غير واذا قبل فيها قول المميز كان في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات فيقبل قوله في الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال مميز هذا اهدى اليك فلان او قال جارية بعثني مولاي اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطي بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فتثبت بثبوت المعاملات ولان كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها في ضمن المعاملات لادى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما ان يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لانها جائزة معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول قولهما لانهما لا يتهيا الا بقبول قولهما ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها بناء على ما شاهد من اهل عصره لان الصلاح كان غالبا فيه ولهذا اجاز القضا بشهادته والظاهر انه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في الديانات اكبر الراي كما في خبر الفاسق لظهور الفساد في زماننا ويقبل قول العبيد والاما اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملا

التوكيل

التمويه الذي لا يخلص لا باس به بالاجماع

فاسح

انما يقبل قول الكافر في المعاملات خاصة

بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا يجوز

المعاملات ليس فيها الزام

قالت جارية بعثني مولاي اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال

لوحاجه

لا يقبل قول المستور في الديانات

يقبل قول العبيد والاما اذا كانوا عدولا

قوله ان لم يكن فيهما زوال الملك قال في الكافي حتى اذا تزوج امراة فاخبر مسلم ثقة رجل او امراة انهما ارتضعا من امراة واحدة فانه لا يثبت الحرمة حتى لا يجب التفريق لان شهادة الواحد على زوال الملك لا تقبل وقد قامت هذه الشهادة على زوال الملك والافضل ان يتنزه لان شهادة الزوجة في التنزه انتهى

قوله عليه السلام لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة

خبر جواب الحكم واما الاحتياط

المعاملات

التوكيل والاذن في التجارة وكل شيء ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فان كان فيه شيء من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما نبينه في فصل البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر عدل انه نجس يتيمم ولا يتوضا به وان كان المخبر بنجاسته فاسقا يتحرى فيه وكذا اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق ثم تيمم كان احوط لان التحري بمجرد الظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم واما الاحتياط فانه يتيمم لان التحري مجرد ظن فلا يمنع احتمال صدق ومن الديانة الحل والحرمة المقصودان اذا لم يكن فيهما زوال الملك فحاصله ان محل الخبر انواع احدها خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبر فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط العدالة والعدد ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز ه والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بينا وقد بينا امثلة كل قسم في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة ه قال ومن دعي الى وليمة وثمة لعب وغنا يقعد وياكل اي اذا احدث اللعب والغنا هناك بعد حضوره يقعد وياكل ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت البدعة من غيره كصلوة الجنازة لا يترك لاجل النائحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة كان قبل ان يصير مقتدى به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان كان هناك لعب وغنا قبل ان يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر وقال علي رضي الله عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فراى في البيت تصاوير فرجع رواه ابن ماجة وعن ابن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وان ياكل وهو منبطح رواه ابو داود ودلت المسالة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت يدل على ذلك لان الابتلا يكون بالمحرم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من امتي اقوام يستحلون الخز والحرير والخمر والمعازف اخرجه البخاري وفي لفظ ليشربن ناس من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤوسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم القردة والخنازير رواه ابن ماجة واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم انه حرام مطلقا والاستماع اليه معصية لاطلاق ما روينا واليه اشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الاسلام ولو سمع بغتة فلا اثم عليه ومنهم من قال لا باس بان يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من قال يجوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه يروى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولو كان في ذلك الشعر حكم او عبر او فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امراة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره

فصل

في اللبس قال حرم للرجل لا للمراة لبس الحرير الا قدر اربعة اصابع اي حرم على الرجل لا على المراة لبس الحرير والسلام تاتي بمعنى على قال الله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون النسا لما روي عن ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم احل الذهب والحرير للاناث من امتي وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي والترمذي وصححه وعن عمر انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة وعن انس مثل عن النبي عليه السلام رواهما البخاري ومسلم واحمد الا ان اليسير عفو مقدار اربع اصابع كما ذكرنا لما روي عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه احمد

عليه السلام

التحري يجوز دون ... ركب ... وعدم ...

وشتى الحبوب ... والكافي

المعاملات

المرافق جمع مرفقة هي الوسادة التي يتكأ عليها كذا في تاج الاسماء

قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم

فبضته الدال اعطاه الله من تاج الاسماء

النمار

وسلم والبخاري وفي لفظ نهي عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة او اربعة رواه مسلم واحمد وابو داود وجماعة اخر وعن اسماء انها اخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني وفرجاها مكفوفين به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت عند عايشة رضي الله عنها فلما قبضت عايشة قبضتها الي فنحن نغسلها للمريض فيستشفي بها رواه احمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر وعن معاوية نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه احمد وابو داود والنساي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر اربع اصابع وان كان اكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا التكة الحرير ولبنة وهو القلب لا يحل للرجال لانه استعمال تام قال وحل توسده وافتراشه وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد يكره ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول ابي يوسف مع محمد وذكر ابو الليث مع ابي حنيفة لهما ما روي عن حذيفة انه عليه السلام نهانا ان نشرب في آنية الذهب والفضة وان ناكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على المياثر والمياثر شي كانت تصنعه النسا لبعولتهن على الرحال كالقطايف من الارجوان رواه مسلم والنساي وقال سعيد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على مرافق الحرير وعن علي انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما انموذجا ونظيره انكشاف العورة في الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل على ما عرف في موضعه وهذا بخلاف كرسي الفضة او الذهب حيث لا يجوز ان يقعد عليه لانه استعمال تام في حقه اذ هو لا يلبسا فلا يكون انموذجا لان عين الشي لا يكون انموذجا وانما يكون انموذجا اذا كان شيا يسيرا منه قال ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن او خز لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم لمسدي بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر اخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفي قال وعكسه حل في الحرب فقط اراد به عكس المذكور وهو ان يكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا في الحرب لما ذكرنا ان العبرة للحمة غيران في الحرب ضرورة ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لما روي انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الي الخالص منه فحاصله انه ثلاثة انواع اما حرير خالص او مخلوط وهو نوعان اما ان يكون الحرير سدي او لحمة وقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا ارى بحشو القز باسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة لما روينا غير ان الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثني تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ذكرنا اثارا في جواز التختم بالفضة وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان في يده الي ان توفي ثم في يد ابي بكر الي ان توفي ثم في يد عمر الي ان توفي ثم في يد عثمان الي ان وقع منه في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الي ان استشهد رضي الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روي انه عليه السلام راي على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رايحة الاصنام وراي على اخر خاتم حديد فقال مالي اري عليك حلية اهل النار وروي عن ابن عمران رجلا جلس الي النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه السلام هذا شر منه هذه حلية اهل النار ومن الناس من اطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والتختم بالذهب حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه انه عليه السلام نهي عن التختم بالذهب

الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر اربع اصابع

المياثر

فايدة فقهية

الخز هو المسدي بالحرير

لا يجوز لبس الحرير الخالص ولا في الحرب عند الامام

التختم بالفضة

حكاية غريبة

اليشب ليس بحجر

حجر الحية والضباب وغيرها من الحشرات في الارض تحفرها من تاج الاسماء

ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالادني وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتي يجوز من الحجر وجعل الفص الي باطن كفه بخلاف المراة لانه للزينة في حقها والاولى ان لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان يحتاج الي الختم كالقاضي والسلطان يختم به اذا كان من فضة ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه السلام اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال قال والافضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وقد بينا جميع ذلك قال وشد السن بالفضة اي يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحل بالذهب ايضا وهو رواية عنهما لما روي ان عرفجة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل التضبيب باحدهما حل بالاخر ووجه المذكور هنا ان استعمالهما حرام الا للضرورة وقد زالت بالادني وهو الفضة فلا حاجة الي الاعلى فيبقي على الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روي لم تندفع بالفضة حيث انتنت ولان كلامنا في السن والمروي في الانف فلا يلزم من عدم الاغنا في الانف عدم الاغنا في السن الا يري ان التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغنا بالادني لا يصار الي الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص زبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمها قال وكره الباس ذهب وحرير صبيا لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس ايضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة والدم قال لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا احد من اصحابه ولا من التابعين وانما كانوا يتمسحون باطراف اردينهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح انها لا تكره ولا الرتم لان المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضو والخرق لمسح العرق والمخاط وحمل شي يحتاج اليه وما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن حتي لو حملها من غير حاجة يكره كالتربع والاتكا فانهما لا يكرهان اذا كانا لحاجة ويكرهان من غير حاجة والرتم جمع رتيمة وهي خيط التذكر يعقد في الاصبع وكذا الرتمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتايم وقيل الرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت هل ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج الي سفر عمد الي هذه الشجرة فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي واذا اصابه قد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعني الرتيمة كذا في المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق او في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن انفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة وقد روي انه عليه السلام امر بعض اصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة فانه عليه السلام قال فيها ان الرقي والتمايم والتولة شرك على ما يجي بيانه وتاويل الرقي في اخر هذا الكتاب عند ذكر التداوي بالحقنة ان شا الله تعالى

فصل في النظر والمس

قال لا ينظر الي غير وجه الحرة وكفيها وهذا الكلام فيه خلل لانه يؤدي الي انه لا ينظر الي شي من الاشيا الا الي وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الي هذين العضوين والي ترك النظر الي كل شي سواهما وليس هذا المقصود في هذه المسلة وانما المقصود فيها ان يجوز له النظر الي هذين العضوين لا انه لا يفكهما وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالصلاة في قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى اي مواضعها ولان في ابدايهما ضرورة لحاجتها الي المعاملة مع الرجال والاعطاء وغير ذلك من المخالطة فيهما ضرورة كالمشي في الطريق ونحو ذلك والاصل

الحلقة هي المعتبرة لا معتبر بالفص

شد السن المتحرك بالفضة

لبس الحرير لاجل الحكة

اي لا يكره الخرقة لوضوء ولا الرتم ح

التربع والاتكاء لا يكرهان اذا كانا لحاجة

ان لا يجوز النظر الي المراة لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام المراه عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما العضوان وهذا يفيد ان القدم لا يجوز له النظر اليه وعن ابي حنيفة انه يجوز لان في تغطيته بعض الحرج وعن ابي يوسف انه يباح النظر الي ذراعها ايضا لانه يبدو منها عادة وما عدا ما استثنا من الاعضاء لا يجوز له ان ينظر اليه لقوله عليه السلام من نظر الي محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة قالوا ولا باس بالتامل في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه السلام من تامل خلف امراة وراي ثيابها حتي يبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة ولانه متي لم يصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الي ثيابها وقامتها دون اعضايها فصار كما اذا نظر الي خيمة فيها امراة ومتي كان يصف يكون ناظرا الي اعضايها قال ولا ينظر من اشتهي الي وجهها الا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب الي موضع مرضها والاصل فيه انه لا يجوز ان ينظر الي وجه امراة اجنبية مع الشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة او شك فيها وفي نظر القاضي اذا اراد ان يحكم عليها او الشاهد اذا اراد الشهادة وفي نظر الطبيب الي موضع المرض ضرورة فيرخص لهم احيا لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة وكذا ينظر الي موضع الاحتقان للمريض لانه مداواة وكذا للهزال الفاحش لانه امارة المرض ويجب علي الشاهد والقاضي ان يقصد اداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء واما وقت التحمل فلا يجوز له ان ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهي فلا حاجة اليه وينبغي للطبيب ان يعلم امراة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوي موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها ولو اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان خاف ان يشتهيها لقوله عليه السلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امراة انظر اليها فانه احري ان يؤدم بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما لان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له ان يمس وجهها ولا كفها وان امن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوي وقال عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع علي كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهي واما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل علي بعض القبايل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تكبس رجليه وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن علي نفسه وعليها وان كان لا يامن عليها او علي نفسه لا تحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة ثم حاصله انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مامونين في رواية وفي رواية يكتفي بان يكون احدهما كبيرا مامونا لان احدهما اذا كان لا تشتهي لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرين ووجه الاولي ان الشاب اذا كان لا يشتهي مس العجوز فالعجوز تشتهي لمس الشاب لانها علمت ملاذ الجماع فيؤدي الي الاشتهاء من احد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان احدهما صغيرا لانه لا يؤدي الي الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي بمس الصغير لا تشتهي الصغير ايضا بمسه لعدم العلم ولهذا اذا مات صغيرا او صغيرة يغسله الرجل والمراة ما لم يبلغ حد الشهوة قال وينظر الرجل الي الرجل الا العورة وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة وانما لم يبين حكم العورة هنا لانه بينها في كتاب الصلوة واكتفي بذلك وقد بينا الدليل هناك ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتي ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوءة يضرب ان لج قال والمراة للمراة والرجل كالرجل للرجل ومعناه المراة والرجل للمراة كالرجل للرجل اي نظر المراة الي المراة والرجل كنظر الرجل الي الرجل حتي يجوز للمراة ان تنظر منهما الي ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل اذا امنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة او في اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الي ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهي الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم

توجد

توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين اقوي في الافضاء الي الوقوع وانما كان للمراة ان تنظر من المراة الي ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الي الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المراة الي المراة كنظر الرجل الي محارمه فلا يجوز لها ان تنظر من المراة الي الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الي الرجل لان الرجال يحتاجون الي زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولي يجوز وهو الاصح وما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال وينظر الرجل الي فرج امته وزوجته معناه عن شهوة وغير شهوة لما روي انه عليه السلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عايشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلي الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر اولي الا ان الاولي ان لا ينظر كل واحد منهما الي عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتي احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان النظر الي العورة يورث النسيان وقال علي رضي الله عنه من اكثر النظر الي سوءته عوقب بالنسيان وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولي ان ينظر الي فرج امراته وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معني اللذة وعن ابي يوسف في الامالي انه قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليه هل تري بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هي التي تحل له وطيها واما اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية او المشركة او كانت امه او اخته من الرضاع او ام امراته او بنتها فلا تحل له النظر الي فرجها قال وينظر الي وجه محرمه وراسها وصدرها وساقيها وعضديها لا الي ظهرها وبطنها وفخذها اي يجوز ان ينظر الي وجه محرمه الي اخر ما ذكر ولا يجوز الي ظهرها الي اخر ما ذكر والاصل فيه قوله تعالي ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابايهن الاية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الي غير الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالراس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل علي البعض من غير استيذان ولا احتشام والمراة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرن بالتستر عن محارمها لحرجت حرجا عليها ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا تحل له نكاحها علي التابيد بنسب او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له ان ينظر الا الي وجهها وكفها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة علي الزاني لا بطريق النعمة فلا يظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقي حراما علي ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هي بنت من زنا بها او امها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج ايضا منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح والاول اصح اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه علي التابيد ولا نسلم ان الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط من باب الحرمات وقال الشافعي يجوز للرجل ان ينظر الي ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار اصلا لان صورة الظهار ان يقول لامراته انت علي كظهر امي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيهها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار قال ويمس ما حل النظر اليه اي من محارمه او من الرجل لا من الاجنبية لتحقق الحاجة الي ذلك في المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدا بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة ولا باس بالخلوة معها لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامراة ليس منها

بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما لان المحرم يسبيل منها الا اذا خاف عليها او على نفسه الشهوة فلا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه فكان في كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع انواعه وحرمة الزنا بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب الكل ولا باس بالمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة واذا خافها عليها او على نفسه او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها تمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى العضو وان لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الامكان **قال ومن امة غيره** لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المراة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا راى امة تقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يجوز له ان ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل وانه يستدل بقول ابن عباس من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى الظهر والبطن كما في حق المحارم بل اولى لكمال الشهوة فيها وقلتها في المحارم ولانا اذا ذهب اليه يؤدي الى ان النظر الى ظهرها لا يجوز لابنها لصحة ظهار من امراته على الوجه الذي بيناه ويجوز ذلك للاجنبي وهذا خلف **قال وله مسّ ذلك ان اراد الشرا وان اشتهى** اي جاز له ان يمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والراس وتقليب شعرها وان خاف الشهوة لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه اذا امن الشهوة وان لم يامن لا يجوز كالنظر الا اذا اراد الشرا فانه يباح له النظر والمس للضرورة وتحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له ان يعالجها في الاركاب والانزال لانه معنى العورة وان علم بالستر ومعنى الشهوة باق والاصح انه لا باس بذلك اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلد الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى ان امة المراة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك احد وام الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة لما عرف **قال ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد** والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفها والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد روي ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء **قال والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل** لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عايشة رضي الله عنها الخصا مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل هو اشد جماعا لانه لا يفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل وهو حكمه كاحكام الرجال في كل شي وقطع تلك الالة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح شيا كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض اصحابنا رحمهم الله الاختلاط مع النسا لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه والاصح انه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث في الرديء من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا لتكسر ولين في اعضائه وتكسر في لسانه ولا يشتهي النسا فقد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنسا وهو احد تاويل قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة وقيل الابله الذي لا يدري ما يفعل بالنسا وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح ان الاية من المتشابه وقوله تعالى يغضوا ابصارهم محكم فنا خذ به ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لهن ان يبدين مواضع الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا **قال وعبدها كالاجنبي** اي عبد المراة كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدي من زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا

ما يجوز

وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن او اخوانهن او بني اخوانهن او

ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعي رحمهما الله تنظر اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن في قوله تعالى او نسائهن ولانه لا يشكل لان الامة لها ان تنظر من سيدتها الى ما ينظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليه لا يفيد زيادة الجواز في حقها وفي حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان الجواز في المحارم لحاجة الدخول من غير استيذان وحشمة وهذا المعنى متحقق بينهما فوجب ان يكون هو كالمحرم لها دفعا للحرج بل هو محرم الا ترى لا يجوز له ان يتزوجها ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاما دون العبيد قاله سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث لا في الذكور ولا نسلم ان الموضع لا يشكل بل هو مشكل لان المراد من قوله تعالى او نسائهن الحرائر ولم تدخل الاما فيها فيبين حكمهن كما بين حكم الحرائر لانا لا نعرف الحكم الا من الشارع ومن لم يذكرن في هذا المعنى الا في هذه الاية فكانت بيانا لحكمهن وكذا لا نسلم انه محرم لها لان حرمة النكاح بينهما موقتة فصارت كالمزوجة بالغير او اخت زوجته ولهذا لا يجوز لها ان تسافر معه ولو كان محرما لجاز **قال ويعزل عن امته بلا اذنها وعن زوجته باذنها** لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الحق لها في الوطي حتى كان لها المطالبة به قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي والعزل يخل بما ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق الامة ولو كانت تحته امة غيره فكذلك عندهما حتى لا يكون له العزل الا باذنها لانه تكميل لحقها والوطي حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به وعند ابي حنيفة الاذن الى مولاها وقد ذكرناه في النكاح والله اعلم

فصل في الاستبرا وغيره

قال من ملك امة حرم عليه وطيها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى تستبرا لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبرا بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل او توهمه بما محترم لانه عند الاشتباه لا يدري الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك معنى او لعدم من يربيه وينفقه ويجب على المشتري لا على البايع لان العلة في الحقيقة هو ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريد دون البايع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشرا والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا الاستبرا وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفا الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرا او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشرا الفاسد قبل ان يشتريها صحيحا لما بينا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة وهو آخر الاوصاف ويجتزي بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشرا ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتضي للحل والحرمة لمانع ولا يجب الاستبرا اذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولو اقال البيع قبل القبض لا يجب على البايع الاستبرا وكان ابو حنيفة اولا يقول على البايع الاستبرا لانها زالت عن ملكه والان ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له

بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين يجتزي بذلك الحيض لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشرا وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بنا على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ابطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبرا لعدم خروجها عن ملكه ولو باع ام ولد او مدبرته وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبرا ان كان المشتري لم يطاها وان كان وطيها فعليه الاستبرا ولو زوجها بعد الاستبرا فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبرا في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبرا بعد القبض والمسلة بحالها فالمختار انه يجب واذا حرم الوطي قبل الاستبرا حرم الدواعي ايضا لانه يفضي الى الوطي او يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها لان زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطي وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك وفي المشتراة يحتمل ذلك ويفضي الى الوطي لان رغبته فيها قبل الدخول بها تكون اصدق وروي عن محمد لا يحرم الدواعي في المسبية لانه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبرا في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في العدة واذا حاضت في اثنا الشهر بطل الاستبرا بالشهر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل واقعها وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ولا باس بالاحتيال في اسقاط الاستبرا عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والماخوذ به قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك ويوخذ بقول محمد اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرا ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشرا لانه بالشرا ينفسخ النكاح فيجب الاستبرا بالقبض بحكم الشرا وانما يفيد ان لو كان القبض قبل الشرا كيلا يوجد القبض بحكم الشرا بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط ان يدخل قبل الشرا لان ملك النكاح يفسد عند الشرا سابقا على الشرا مقرونا بان ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشرا منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشرا لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبرا به ذكره قاضي خان في فتاواه ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه ان يزوجها البايع قبل الشرا او المشتري قبل القبض ممن يثق به او يزوجها بشرط ان يكون امرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبرا وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر يحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه ان سبب الحرام حرام الا ان النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج لانها يمتدان وقد صح انه عليه السلام كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض قال له امتان اختان قبلهما بشهوة حرم وطي واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك او نكاح او عتق ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج احداهما كان احسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب واتماه حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا او وطيا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما وطيا وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطيا وعقدا ولا تعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سيل عنهما فقال حرمتهما اية واحلتهما اية فتلي الايتين ثم قال الحكم للمحرم فكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي بمنزلة الوطي ولان النص مطلق فيتناوله الوطي فصار كانه وطيها فعند ذلك يحرمان فكذا اذا مسهما بشهوة او النظر الى فرجهما كتقبيلها حتى يحرما عليه الا اذا حرم فرج احديهما بما ذكرنا والجمع لتحريم فرج احداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظاهر لانه لا يتجزى عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه وان كان يتجزى لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احداهما كاعتاقها لان فرجها يحرم بالكتابة فيحصل المقصود ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب وقوله حتى يحرم فرج الاخرى بملك اراد به التمليك بان يملك رقبتها من انسان باي سبب كان من اسباب الملك كالبيع

والهبة والصدقة وكالخلع والخلع والمهر واراد بقوله او نكاح النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بمجرد العقد الفاسد الا اذا دخل بها الزوج فتحل له الاخرى لان العدة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطي احداهما دون الاخرى حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الاختين فيما ذكرنا قال وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص جاز كالمصافحة وفي الجامع الصغير ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر وقال لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان اصحاب النبي عليهم السلام يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطا رحمه الله سال ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق ولهما ما روي انس رضي الله عنه انه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم اينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروي انه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما روي منسوخ به وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الايمة السرخسي وبعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وقيل ان ابا بكر بن عيينة قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم ويد السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل راسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلما فحرام والفاعل والراضي به اثمان لانه تشبه بعبدة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الايمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبلة النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المومنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد والدته وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امراته وامته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود واما القيام للغير فقد جا في الحديث انه عليه السلام خرج متكيا على عصاه فقمنا له فقال عليه السلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن انس انه عليه السلام كان يكره القيام وعن الشيخ ابي القاسم كان اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم ولا يقوم للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنيا يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا باس بالمصافحة لما روينا انها سنة قديمة متواترة في البيعة وغير ذلك وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه وقال عليه السلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا

فصل في البيع

قال ولم يبع العذرة لا السرقين وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد

[Margin notes:] قوله عليه السلام لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر — مطلب المعانقة — مطلب المصافحة — الترجيح للمحرم — مطلب في الاستبرا — مطلب في اسقاط الاستبرا — مسئلة تقبيل الرجل — اول من عانق ابراهيم عليه السلام — التقبيل على خمسة اوجه — القيام للغير — المصافحة

الميتة قبل الدباغ ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين وانتفعوا به في ساير البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالالقاء في الارض ثم يجوز بيعها والصحيح عند ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جايز قال رحمه الله له شراء امة ثالث بكر وكلف زيد ببيعها معناه ان جارية لانسان رآها آخر يبيعها فقال البايع وكلني مولاها حل له ان يشتريها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا على ما بيناه من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبني اياها او تصدق بها علي لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم انها له او لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه لان الخبر دليل شرعي الا ترى انه يقبل فيما هو اعظم منه وهو التزوج بان زفت اليه امراة وقال النساء هي امراتك حل له وطيها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك او غيره فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر من قبل وان كان اكبر رايه انه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشيء من الوكالة او انتقال الملك اليه فان كان عرفها انها للغير لا يشتريها حتى يعلم ان الملك انتقل اليه او وكله لان يد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر باكبر الراي عند وجود دليل ظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك ثم يستحب له ان يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره وان اخبر ان مولاها اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها رجل ان زوجها الغايب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان في اكبر رايها انه حق بعد ما تحرت فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار فلا منازع لان صحة النكاح لا تمنع ما يطرأ وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها وكذلك المطلقة الثلث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فاعتقني حل له ان يتزوجها لان القاطع طار على ما بينا ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها ولا اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة واخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته بعد النكاح حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لا يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنافي طاريا قال ولو ترك الذمي اخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذمي عليه الدين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للداين ان ياخذ ثمن الخمر بدينه وان كان البايع كافرا جاز له اخذه والفرق ان البيع في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الكافر وملكه البايع فيحل الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضايه وهذا مشكل فانه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد ايضا لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط عنده وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته ان ياخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب

لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق او الظلم او اخذ الرشوة يتورع الورثة ولا ياخذون منه شيا وهو اولى لهم ويردونها على اربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه قال واحتكار قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر باهله اي يكره الاحتكار في القوت اذا كان يضر باهل البلد لقوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا او دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين ليلة لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله تعالى وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا واما الاثم فيحصل وان قلت المدة فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر اي لا يكون احتكار غلة ارضه او احتكار ما جلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا الا ترى ان له ان لا يزرع ولا يجلب فكذا له ان لا يبيع وهذا في المجلوب قول ابي حنيفة لان حق العامة يتعلق بما جلب وجمع في المصر او في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد آخر فاذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له ان لا ينقل كما كان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع ذلك وقال ابو يوسف يكره ان يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق ما روينا والحاق الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم او يجلبونه بانفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس المجلوب الى المصر او فنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى وقال محمد ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ترى انه كان ينقل لو لم ياخذ هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم ياخذ لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته قال ولا يسعر السلطان الا ان يتعدى ارباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البايع فكان اليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة اهل الراي والنظر فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضي وهذا لا يشكل عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى في ذلك وينبغي للقاضي او السلطان ان لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر ولا بالتسعير بل يامر بان يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه وان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا ابوا ان يبيعوا الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم الا به فلا باس بمشورة اهل الراي على ما بينا وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند ابي حنيفة وعندهما يبيع بناء على انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع مال المديون قيل يبيعه بالاجماع لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي شرح المختار ان البايع ان كان يخاف اذا نقص ان يضربه الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول له بعني بما تحب ثم باي شيء باعه يحل ولو اصطلح اهل بلدة على سعر الخبز

الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز عنده على الصحيح

قول الواحد في المعاملات مقبول

امرأة اخبرها رجل ان زوجها الغائب مات عنها

الجالب مرزوق والمحتكر ملعون

تخصيص الاحتكار بالاقوات قول ابي حنيفة ومحمد

الامام ابو حنيفة لا يرى الحجر على الحر

ان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام

واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم او لحما فاعطاه البايع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له ان يرجع بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري من غير اهل تلك البلدة كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة ذكره في شرح المختار قال وجاز بيع العصير من خمار لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسبيبا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح لاشياء كلها جايز شرعا فيكون الفساد الى اختياره قال واجارة بيت ليتخذ بيت نار او بيعة او كنيسة او يباع فيه خمر بالسواد اي اجارة البيت ليتخذه معبدا للكفار والمراد بيت النار معبد المجوس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشي من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولنا ان الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية لمن لا يستبريها او يأتيها في دبرها او بيع الغلام من لوطي والدليل عليه انه لو اجره للسكنى جاز ولا بد له فيه من عبادته وانما قيد بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شرايع الاسلام فلا يعارض باظهار شرايع الكفر بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة واما في سواد غيرها فيه شعاير الاسلام ظاهرة ولا يمكنون فيها في الاصح قال وحمل خمر لذمي باجر اي جاز ذلك ايضا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكروه لانه عليه السلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا بسبب لها وانما تحصل بالمعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة او للتخليل فصار كما لو استاجره لعصر العنب او قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا اجر دابة لينقل عليها الخمر او اجر نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وعندهما يكره وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصراني والقلنسوة من المجوسي لان ذلك اذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجال ان يشتريه ليلبسه يكره لانه اعانة له على لبس الحرام ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي المجوس او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك لان هذا تسبيب بالتشبيه بالمجوس والفسقة قال وبيع بناء بيوت مكة وارضها يعني يجوز اما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه الا ترى انه لو بنى في المستاجر او في الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه واما ارضها فالمذكور هنا قول ابي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان اراضيها مملوكة لاهلها لظهور اثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وقال ابو حنيفة لا يجوز بيع اراضيها لما روي انه عليه السلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولانها الحرم وفناء الخليل عليه السلام ويكره اجارة ارضها لقوله عليه السلام من اكل اجر ارض مكة فكانما اكل الربا ولان اراضي مكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوايب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها ومن وضع عند بقال درهما ياخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا املكه الدرهم فقد اقرضه اياه وقد شرط ان ياخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج اليه شيا فشيا وله في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفايته للحاجات ولو كان في يده يخرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه اياه ثم ياخذ منه شيا فشيا وان ضاع فلا شي عليه لان الوديعة امانة قال وتعشير المصحف ونقطه لان القراءة والاي توقيفية ليس للراي فيها مدخل فبالتعشير حفظ الاي

التوات

وبالنقط

وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود انه قال جردوا القرآن فذاك في زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ القرآن والتعشير بحفظ الاي ولا كذلك العجمي في زماننا فيستحسن لعجز العجمي عن التعلم الا به وعلى هذا لا باس بكتابة اسامي السور وعدد الاي فهو وان كان محدثا مستحسن وكم من شي يختلف باختلاف الزمان والمكان قال وتحليته اي يجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت الحلية بذهب او فضة غير مموه قال ودخول ذمي مسجدا اي جاز ادخال الذمي جميع المساجد وقال مالك يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدّاه مالك الى ساير المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاستهم شي وانما نجاستهم على انفسهم وروي ان ابا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والنجاسة المذكورة في الاية هو الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح رجس وهو النجس الا ترى ان الازلام والميسر سميت في القرآن رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الاية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكر اهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما ارادوا فلما اعلى الله تعالى كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين بعد الفتح منعوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية قال وعيادته اي يجوز عيادة الذمي لما روي ان يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند راسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ولا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عليه السلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبدأه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كان لحاجة اليه فلا باس ببدايته به ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه السلام قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية وهذا اذا كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده لانه ابعد من الاسلام من اهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه وتاليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لا باس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين واذا مات الكافر قال لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك اي اصلحك بالاسلام ورزقك ولدا مسلما لان الخيرية به تظهر ويقول في تعزية المسلم اعظم الله اجرك واحسن عزاك ورحم ميتك وكثر عددك قال وخصاء البهائم اي جاز لانه عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوءين والموجوء هو الخصي ولان لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان احسن قال وانزاء الحمير على الخيل لانه عليه السلام ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعل لانه فيه فتح بابه وما ورد به من النهي كان لاجل تكثير الخيل قال وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين يعني الدراهم والدنانير والقياس ان لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوزنا الشي اليسير للضرورة استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه المجاهزون ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيا ملك ما هو من ضروراته وقد صح ان سلمان الفارسي اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم هدية قبل ان يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه السلام يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي

حسنه

اي الاجارة وبيت النار معبد المجوس

موسوط فعل المختار سقط نسبته اليه

اي نفسه ليرعى الخنازير

الحرم وفناء الخليل عليه السلام

وضع عند بقال درهما ياخذ منه ما شاء

اي ثبت الحكم باختلاف الزمان والمكان

بعد هذه الاية

اي نفسا

لا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم

الدعاء للذمي بطول العمر

الموجوء الخصي

النبي عليه السلام ركب البغل

كان عليه السلام يجيب دعوة المملوك

عن ابي سعيد مولى ابي اسيد انه قال دعوت رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم ابو ذر رضي الله عنهم فحضرت الصلوة فقدموني وانا يومئذ عبد ولا يضرون في الشي الكثير كالدراهم والثياب فيبقى على الاصل قال واستخدام الخصي اي يكره استخدام الخصي لان فيه تحريض الناس على الخصا وهو مثلة وقد صح انه عليه السلام نهى عنها فيحرم قال والدعا بمعقد العز من عرشك اي يكره ان يقول في دعايه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك والمسئلة عبارتان بمعقد وبمقعد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولا شك في كراهية الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانه توهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لانه صفته وجميع صفاته قايمة بذاته لم يزل موصوفا بها في الازل ولن يزال في الابد ولم يزدد شيا من الكمال لم يكن له في الازل بحدوث العرش وغيره وقال ابو يوسف لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لما روي انه عليه السلام كان من دعايه ان يقول اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة والاحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز صفة للعرش كان جايزا لان العرش موصوف في القران بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يشك احد انه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه قال وبحق فلان اي يكره ان يقول في دعايه بحق فلان وكذا بحق انبيايك واوليايك او بحق رسلك او بحق البيت او المشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق على الله تعالى وانما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله او بالله ان تفعل كذا لا يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان ياتي به قال واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو لقوله عليه السلام كل لعب ابن ادم حرام الا الثلثة ملاعبة الرجل اهله وتاديبه لفرسه ومناضلته بقوسه واباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية نار الافهام والحجة عليه ما روينا وما روي ان ابن عمر رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله تعالى غالبا فيكون حراما كالنرد شير والنرد قال عليه السلام من لعب بالنردشير فكانما صبغ يده في لحم خنزير رواه مسلم واحمد وابو داود وعن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك واحمد وغيرهما واما منعه النبي ذكرها لمغلوبه تابعة والعبرة للغالب في التحريم وعلى راي من يلعب بالشطرنج يصلي فضلا عن الجماعات وان صلى فقلبه متعلق به فكان في اباحته اعانة للشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان كان يقامر به سقطت عدالته وان لم يقامر وكان مثابرا ولم يصل ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم وروي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام وروي انه ضرب على رؤسهم ولا باس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وكذا وان سبقتك فلا شي لي لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر رواه احمد وابو داود وجماعة اخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بان يقول ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا الا اذا ادخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شي لنا عليك ولكن ايهما سبق صاحبه اخذ المال المشروط وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال وجعل الراية في عنق العبد اي لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته ان يجعل في عنقه طوق مستدير فيه مسمار عظيم يمنعه من تحريك راسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه السلام لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بانه ابق وقال لا باس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق قال وحل قيده اي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق علاف الراية لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال عليه السلام كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار قال والحقنة اي جازت الحقنة للتداوي وجاز ان ينظر الى ذلك الموضع للضرورة

لقوله

لقوله عليه السلام لكل داء دواء فاذا اصيب دواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم واحمد وروي ان الاعراب قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الا نتداوى قال نعم يا عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء او دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل من امتي سبعون الفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن عباس ان امراة سوداء اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني ابرص واني اتكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله تعالى ان يعافيك فقالت اصبر فاني اتكشف فادع الله ان لا اتكشف فدعا لها رواه اولئك الثلثة ولنا ما روينا وروى البخاري واحمد انه عليه السلام قال ما انزل الله داء الا انزل له شفاء وروي انه عليه السلام تداوى واحتجم وقال جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ في اكحله مرتين رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه واجاح على من يتداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى دون الدواء وان الدواء جعله الله تعالى سببا لذلك والمعافي في الحقيقة هو الله تعالى واعتقد ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار ما يدل على كراهية التداوي فذلك اذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد انه لولم يعالج لما سلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوي ولا فرق في الحقنة بين الرجل والمراة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجسة كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روي انه عليه السلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وعن ابي الدرداء انه عليه السلام قال ان الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بالحرام رواه ابو داود ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية او من الميتة غير انه اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية كيف ما كان الا عظم الخنزير والادمي الخنزير لنجاسته والادمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع باجزائه ولا باس بالرقى لانه عليه السلام كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهي عنه عليه السلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر الا ترى الى ما يروى عن عوف بن مالك انه قال كنا في الجاهلية نرقي فقلنا يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا علي رقاكم لا باس بالرقى ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وابو داود وعن ابن مسعود انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقى والتمايم والتولة شرك رواه احمد وابو داود وابن ماجه والتولة ضرب من السحر قال الاصمعي هو تحبيب المراة الى زوجها وعن جابر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء ال عمرو بن حزم فقالوا يا رسول الله انها كانت رقية نرقي بها من العقرب وانك نهيت عن الرقى قال فعرضوها عليه فقال ما ارى باسا من استطاع منكم ان ينفع اخاه فليفعل رواه مسلم وعن عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض احد من اهله نفث عليه بالمعوذات فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت انفث عليه وامسحه بيد نفسه لانها اعظم بركة من يدي رواه البخاري ومسلم واحمد والتداوي لا يمنع التوكل ولو اخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى مات لا ياثم بخلاف ما اذا جاع ولم ياكل مع القدرة حتى مات حيث ياثم لان زوال الجوع بالاكل متيقن به باعتبار العادة فان الله اجرى العادة بازالة الجوع وخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه اصلا بخلاف المرض عند التداوي فانه في حيز التردد وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله في داء عرف له دواء غير المحرم قال ورزق القاضي اي حل رزق القاضي من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس من اسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة فيعطى منه ما يكفيه هو واهله على هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم والتابعون وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفاء من بعده ياخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بان جمع بباطل لم يحل له اخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة



ما عليه فان كان غنيا فكذلك يا خذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يعزغ بالنفقة الدائمة وفيه صيانة الحكم عن ان يهون عند الملوك ونظر لمن يجي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج ه‍ واذا اعطي من غير شرط وما فعل كعقد الاجارة من غير شرط وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له اخذه لان القضا طاعة فلا يجوز اخذ الاجر عليه كساير الطاعات وتسميته رزقا يدل على انما ياخذه مقدرا بالكفاية وانه ليس باجرة وقد جرى الرسم باعطايه في اول السنة لان الخراج كان يوخذ في اول السنة وهو يعطي منه وفي زماننا يوخذ الخراج في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة على ما بيناه قال وتسافر الامة وام الولد بغير محرم اي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا من قبل فكما يجوز للحرة ان تسافر مع المحرم فكذا الامة مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند ابي حنيفة لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح فيه واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال وشرا ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم اي يجوز لهولا الثلثة ان يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع واصله ان التصرفات على الصغير على ثلثة انواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده ولياكان او لم يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق ولا يملكه عليه احد ونوع هو متردد يحتمل ان يكون نفعا ويحتمل ان يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سوا كان الصغير في ايديهم او لم يكن لانهم ينصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط ان يكون في ايديهم وهكذا ذكر في الكافي واستيجار الظير من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند ابي حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه قال وتوجره امه فقط معناه ان الصغير لا يوجره احد من هولا الثلثة الا الام فانها توجره اذا كان في حجرها ولا يوجره الاخ والعم ولا الملتقط والفرق ان الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هولاء هذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه صيانة ونفعا محضا للصغير ولو اجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان في يد العم فاجره امه صح لانه من الحفظ وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يجوز والله اعلم

كتاب احيا الموات

قال هي ارض تعذر زرعها لانقطاع مايها او لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به واما تفسير الحياة فظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة اي في دار الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بان لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا يكون مواتا ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضائعة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شي عليه وقال القدوري فما كان منها عاديا او كان مملوكا في دار الاسلام لا يعرف له مالك بعينه فمراده بالعادي ما قدم خرابه كانه منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجعل المملوك في دار الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات لا لانه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول ابي يوسف وحد البعيد ان يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في اقصى العامر فصاح باعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فنا العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي مواشيهم وطرح حصايدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احيا ما ينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احيا ما لا ينتفعون به

وان كان

وان كان قريبا من العامر وشمس الايمة اعتمد قول ابي يوسف قال ومن احياه باذن الامام ملكه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه من احياه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه السلام من عمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخاري واحمد وقال عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت اليه يده فكان احق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيا ولا يختص بالفي احد دون راي الامام كالغنايم بخلاف المستشهد به من الصيد وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم تكن في حكم الفي ومرويهما كان اذنا منه عليه السلام لا نصب شرع كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بيناه في موضعه ثم اذا احياها فهي خراجية او عشرية فهي على ما بيناه في السير وبينا له الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحيا وزرعها غيره قبل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحيا فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبه الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيا الجوانب الثلثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمي بالاحيا كالمسلم لانهما لا يختلفان في سبب الملك قال وان حجر لا اي ان حجر الارض لا يملكها بالتحجير لانه ليس باحيا في الصحيح لان الاحيا جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر او بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك وتنقيته عنها وجعلها حولها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها ولا يوخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر او الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فايدة في تركها في يده وانما قدر بثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلث سنين حق ولان من الانتظار ينبغي ان يكون عامة حتى يشمل جميع المحتجرين وذلك بالتقدير بثلث سنين لان المحتجر له ان يختار اي موضع شا من دار الاسلام يقطع في سنة فيعتبر بثلث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد ان يحيي ذلك الموضع حتى تمضي ثلث سنين وهذا من طريق الديانة واما في الحكم فاذا احياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر لها بيرا فهو تحجير وليس باحيا وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احيا كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احيا ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احيا لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الما يكون احيا لانه من جملة البنا وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احيا ما قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا على ما بينا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غنا للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي منها الما قال ومن حفر بيرا في موات فله حريمها اربعون ذراعا من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا ولان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع بالبير الا بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البير ليستقي الما والى ان يبني على شفير البير ما يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع فيه الما والى موضع يقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر اخر بيرا بجنبها فيتحول ما الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيقدر باربعين كيلا يتعطل عليه المصالح ولا فرق في ذلك بين ان يكون البير للعطن او للناضح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان للعطن فاربعون ذراعا وان كان للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسماية ذراعا وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بير الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشا وفي بير العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن اصله العام المتفق على قبوله والعمل به

العود يا جمع عوديه وهي النخل العارية اي التي وسقت عارية ... عامها فسودها اي ياتيها كذا في تاج الاسماء

مرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه السلام ما اخرجته الارض ففيه العشر على قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة ورجح اصحابنا كلهم قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولانا المراد بما دون البير للعطن بدليل سياقه عطنا لماشيته لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد به مثل قوله تعالى وذروا البيع وقوله تعالى ان الذين ياكلون الربا يتناول جميع الاستغلال والمنافع والتقييد بالبيع او الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه باعتبار عمله وعمله في موضع البير خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فيقدر ما اتفق عليه الاثار ثبتنا الاستحقاق فيه وما زاد على ذلك اخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك ولانه يستقي من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكنه ان يدير البعير حول البير ولا يحتاج الى الزيادة قال وحريم العين خمسمائة اي خمسمائة ذراع لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للراي في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البير والعين بما ذكرنا في اصلابتها وفي اراضينا يزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية فتتعطل الاولى قال فمن حفر في حريمها منع منه لانه صار ملكا لصاحب البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره فان حفر رجل في حريمه كان للاول ان يكبسه لما ذكرنا انه متعد فيه فكان له ان يمنعه ويزيل تعديه ولو اراد ان ياخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه اتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما ياخذ به قيل يكبسه لان ازالة تعديه كما اذا وضع شيئا في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له ان يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه ان ياخذ بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب في البير الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره ولو حفر الثاني بيرا في منتهى حريم البير الاولى باذن الامام فذهب ماء البير الاولى وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال وللقناة حريم بقدر ما يصلحه القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء لمكن ضبطه وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند ابي حنيفة لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر واما عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة اذرع حتى لا يملك غيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه وروي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق الاخر فيما وراء ذلك قال وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات لانه ليس في ملك احد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال وان احتمل عوده لا يكون مواتا لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حاجتهم لحاجتهم اليه قال ولا حريم للنهر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البير والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس لشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري لما في النقل الى اسفله وحينه من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم في البير والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتاتي بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا ثم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى اسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير الاصل الا يرى انه من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البير لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البير الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب

الارض

كشف الغوامض

الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما الماكان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتداة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله لانه كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة ان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الاخر مركب على باب دار احدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا له باستمساك مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء عن ارضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له ان يهدمه لان صاحب الارض تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولاخر عليه جذوع ليس له ان يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولارض لاخر خلف المسناة وادعاها صاحب النهر ايضا فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما معينا معلوما وان كان فيه اشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف ايضا وكذا نقل الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يتفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما ايهما كان لا يمنع الاخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخي وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق واعلم مسايل الشرب قال هو نصيب الماء اي الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اي نصيب قال الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوكة ولكل ان يسقي ارضه ويتوضا به ويشربه وينصب الرحا عليه ويكري نهرا منها الى ارضه ان لم يضر بالعامة اما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل احد ان ينتفع به لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلثة في الماء والكلاء والنار رواه احمد وابو داود وابن ماجة من حديث ابن عباس والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاما المحرز فقد ملكه فخرج من ان يكون مباحا كالصيد اذا احرز فلا يجوز لاحد ان ينتفع به الا باذنه وشرطنا لجواز الانتفاع ان لا يضر بالعامة بان يميله بالكري او نصب الرحى فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر باحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلاء الحشيش الذي نبت بنفسه من غير ان ينبته احد ومن غير ان يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه واحرزه وان كان في ارض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوءها والاصطلاء بها والايقاد من لهيبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت في الصحراء بخلاف ما لو اراد غيره ان ياخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كساير املاكه الا اذا لم يكن له قيمة قال وفي الانهار المملوكة والابار والحياض لكل شربه وسقي دابته لا ارضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع وانما كان له حق الشرب وسقي الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والابار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الابار والانهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الاراضي حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا ارضه لان في اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر وكذلك شربه

قوله عليه السلام ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها

الضفة بتشديد الفاء طرف النهر كذا في تاج الاسماء

الحُبّ بالضم الخابية فارسي معرب كذا في الصحاح

وسقي دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته او غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب
النهر لكثرة البقور منع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به
يبطل منفعته **قال و المحرز في الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه** لانه ملكه بالاحراز فكان اخص به كالصيد اذا اخذ لكن فيه
شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه في موضع يعز الما فيه وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولا كذلك
قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجي بلفظ الشركة فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض الا ترى انه
يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص كل منهم بماله ولا يقال هم شركا فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم بشي
منه ولانه لو اورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود وكلها حتى حد الزنا ولو كانت البير او الحوض او النهر في ملك رجل فله ان
يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ما يغني به فان لم يجد يقال له اما ان تخرج الما اليه او تتركه بشرط ان لا يكسر ضفته
لان له حق الشفة في الما الذي في حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه
لان الموات كان حقا للكل والاحيا لجز مشترك وهو العشر او الخراج فلا يقطع الشركة و حكم الكلا كحكم الما حتى اذا كان في ارض مملوكة
قيل للمالك اما ان تقطع وتدفع اليه والا تتركه لياخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الما وهو يخاف على نفسه او دابته العطش كان له
ان يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضي الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الما في البير والنهر ونحوهما مباح وغير مملوك وان
كان الما محرزا في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش ان يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل من صاحبه
لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفي الكافي قيل في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية
فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى انه يجوز ان يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى ان لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة
اذا كانت تاتي على الما كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الما اختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا
وقال الاكثر له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي ولهم ان ياخذوا الما منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقال بعضهم يتوضا في النهر
ويغسل الثياب فيه لان في ذلك حرجا بينا فيدفع ولو اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره يحمل الما اليه بالجرار كان له ذلك وقال بعض ائمة بلخ
ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه الدناءة قال عليه السلام ان الله يحب معالي الامور
ويبغض سفسافها وليس له ان يسقي نخيله وارضه وشجره من نهر غيره وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الما اذا دخل في
المقاسم انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى ارضه فيفضي الى كسر ضفته والى
الحفر في حريم بيره ليسيل الما الى ارضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه اصلا فصار في الحاصل المياه ثلاثة انواع الانهار العظام التي لم
تدخل في ملك احد والانهار التي هي مملوكة وما صار في الاواني فقد ذكرنا حكم كل واحد بتوفيق الله تعالى **قال وكري نهر غير
مملوك من بيت المال** لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكري منه **قال فان لم يكن فيه شي يجبر الناس
على كريه** اي ان لم يكن في بيت المال شي اجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقل ما يتفق
العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش **قال وكري ما هو مملوك على اهله ويجبر الابي على كريه**
لان منفعته لهم على الخصوص فيكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن اباه منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل
بين الخاص والعام ان ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق بينهما ان في العام دفع الضرر العام وهو ضرر
بقية الشركا وفي مثل هذا جائز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعا فيدفع الضرر الاولى لان الابي لا يلحقه ضرر بل يحصل
له نفع بمقابلته فامكن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركايه
فلا يلزم به الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص ويمكن دفع ضرر شركايه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من المونة اذا كان ذلك
بامر القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المونة القسمة عليهم ولا يدري حصة كل واحد

منهم ولا يقال في كري النهر الخاص اخيا حقوق اهل الشفة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا يجبر لاجل حق اهل الشفة الا يرى ان اهل
الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبرهم في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولو كان حق الشفة معتبرا لاجبروا
لدفع الضرر العام **قال ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فان جاوز ارض رجل برئ** وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا مونة الكري عليهم جميعا من اول النهر الى اخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل
الفاضل فانه اذا انسد عليه فاض الما على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى اخره فلهذا يستوون
في استحقاق الشفعة به فاذا استووا في الغنم وجب الاستوا في الغرم ولابي حنيفة ان مونة الكري على من ينتفع به وسقي الاراضي
منهم فاذا جاوز الكري ارض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شي من مونته وبانتفاعه في اسفل من حيث اجرا الما فضل
من الما فيه لا يلزمه شي من عمارة ذلك الموضع الا ترى ان من له حق تسييل ما سطحه على سطح جاره لا يلزمه شي من عمارة ذلك
الموضع باعتبار تسييل الما فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الما عنه بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري
من اسفل وزعم بعض اصحابنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شي من المونة والاصح ان عليه مونة الكري
الى ان يجاوز حد ارضه واليه اشار في الاصل لان له ان يتخذ الفوهة من اي موضع شا من ارضه ان شا من اعلى وان شا من اسفله
فكان منتفعا بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد ارضه **قال ولا كري على اهل الشفة** لانهم لا يحصون اذ اهل الدنيا كلهم
لهم حق الشفة ومونة الكري لا تجب على قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقي الاراضي واهل الشفة اتباع
والمونة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة **قال وتصح دعوى الشرب بغير ارض** وهذا
استحسان والقياس ان لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل
الاعلام ولانه يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك في المدعى اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع
القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين ووجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن ان يملك
بغير ارض بالارث والوصية وقد تبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم
عن نفسه باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل ارض ولاخر فيها نهر فاراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك على
حاله لان موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له باجرا مايه فيه فعند الاختلاف القول قوله في انه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن
جاريا فيها فعليه البينة ان هذا النهر له وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملك الرقبة
اذا كان الدعوى فيه او حق الاجرا باثبات الجري من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او المسيل في دار غيره
فحكم الاختلاف فيه نظير في الشرب **قال نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر اراضيهم** لان المقصود
بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر
حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركا حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود
فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب ان يستووا في الاستحقاق لانا نقول
الما لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر ان الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت
الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحدهم ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب
بحصته لان في السكر احداث شي لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركا بدون اذن الشركا فان
تراضوا على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم
ولكن ان امكنه ان يسكر بلوح او باب فليس له ان يسكر بالطين والتراب لانه لا ينكبس النهر به وفيه اضرار بالشركا الا ان يتراضوا على ذلك
ولو كان الما في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدا باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا
وليس لهم ان يسكروا قبله قول ابن مسعود اهل اسفل النهر امرا على اهل الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداءة اهل الاسفل **قال**

ولیس لاحد ان یشق منه نهرا او ینصب علیه رحا او دالیة او جسرا او یوسع فم النهر او یقسم بالایام وقد وقعت القسمة بالکوی او یسوق نصیبه الی ارض له اخری لیس لها فیه شرب بلا رضاهم لان فی شق النهر ونصب الرحا کسر ضفة النهر المشترک وشغل الملک المشترک بالبناء وفی الکسر تغییر الماء عن سننه الا ان یکون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ویکون موضعها فی ارض صاحبها فیجوز لانها یحدث من البناء فی خالص ملکه وبسبب الرحا لا ینتقص الماء ومعنی الضرر بالنهر کسر ضفته وبالماء ان یتغیر عن سننه او ینتقص ولم یوجد شیء من ذلک فیجوز والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه علی حاله متعنت قاصد الی الاضرار بغیره لا دافع الضرر عن نفسه فلا یلتفت الی تعنته والدالیة والسانیة بمنزلة الرحا والقنطرة والجسر اشغال الموضع المشترک فیمنع منه ولا یکون له ذلک الا برضاهم والدالیة جذع طویل یرکب ترکیب مداق الارز فی رأسه مغرفة کبیرة لیستقی بها وقیل هو الدولاب والسانیة البعیر یستقی علیه من البئر والجسر اسم لما یوضع ویرفع مما یکون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما تتخذ من الآجر والحجر یکون موضوعا ولا یرفع واذا کان نهر خاص لرجل یاخذ من نهر خاص بین قوم فاراد ان یقنطر علیه ویشد من جانبیه کان له ذلک لانه یتصرف فی خالص ملکه وان کان مقنطرا مشدودا من الجانبین فاراد ان ینقض ذلک لعلة او غیر علة فان کان ذلک لا یزید فی اخذ الماء کان له ذلک لانه یرفع بناء هو خالص حقه وملکه وان کان یزید فی اخذ الماء منع منه لحق الشرکاء وانما لا یکون له ان یوسع فم النهر لان فیه کسر ضفته ویزید علی مقدار حقه فی اخذ الماء وهذا ظاهر فیما اذا کانت القسمة بالکوی وکذا اذا کانت بالکوی لانه اذا وسع فم النهر یحبس الماء فی ذلک الموضع فیدخل فی کونه اکثر مما کان یدخل قبله وکذا اذا اراد ان یوخر فم النهر فیجعلها فی اربعة اذرع من فم النهر لانه یحتبس الماء فیه فیزداد دخول الماء فیه بخلاف ما اذا اراد ان یسفل کواه او یرفعه من حیث العمق فی مکانه حیث یکون له ذلک فی الصحیح لان قسمة الماء فی الاصل وقع باعتبار سعة الکوة وضیقها من غیر اعتبار التسفل والترفع فی العمق هو العادة فلا یکن الی تغییر موقع القسمة فلا یمنع وانما لا یکون له ان یقسم بالایام بعد ما وقعت القسمة بالکوی لان القدیم یترک علی حاله لظهور الحق فیه ولو کان لکل واحد منهم کوی مسماة فی نهر خاص لم یکن لواحد منهم ان یزید کوة وان کان لا یضر باهله لان الشرکة خاصة بخلاف ما اذا کانت الکوی فی النهر الاعظم لان لکل واحد منهم ان یشق نهرا منه ابتدا فکان الکوی بالطریق الاولی وانما لا یکون له ان یسوق شربه الی ارض له اخری لیس لها فیه شرب لانه اذا فعل ذلک یخشی ان یدعی حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولی اذا تقادم العهد ویستدل علی ذلک بالحمور واجرا الماء فیه الیها وکذا لو اراد ان یسوق شربه فی ارضه الاولی حتی ینتهی الی الاخری لانه یستوفی زیادة علی حقه اذ الارض الاولی تنشف بعض الماء قبل ان یسقی الاخری وهو نظیر طریق مشترک اراد احدهم ان یفتح فیه بابا الی دار اخری ساکنها غیر ساکن هذه الدار التی مفتحها فی هذا الطریق بخلاف ما اذا کان ساکن الدارین واحدا حیث لا یمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور ویتصرف فی خالص ملکه وهو الجدار بالرفع ولو اراد الاعلی من الشریکین فی النهر الخاص وفیه کوی بینهما ان یسد بعضها دفعا لفیض الماء عن ارضه کیلا ینز لیس له ذلک لما فیه من الاضرار بالاخر وکذا اذا اراد ان یقسم النهر مناصفة لان القسمة بالکوی تقدمت الا ان یتراضیا لان الحق لهما وبعد التراضی لصاحب السفل ان ینقض ذلک وکذا الورثة من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وکذا اجارة الشرب لا یجوز لما عرف فی موضعه فتعینت الاعارة وهذا لان القسمة بالکوی تقدمت ولیس لاحدهما ان ینقض تلک القسمة فاذا تراضیا علی خلاف ذلک یکون کل واحد منهما معیرا نصیبه لصاحبه فیرجع فیها هو وورثته ای وقت شاء لان العاریة غیر لازمة قال ویورث الشرب ویوصی بالانتفاع بعینه ولا یباع ولا یوهب والفرق ان الورثة خلفاء المیت فیقومون مقامه فی حقوق المیت واملاکه وجاز ان یقوموا مقامه فیما لا یجوز تملیکه بالمعاوضات والتبرعات کالدین والقصاص والخمر فکذا الشرب والوصیة اخت المیراث فکانت مثله بخلاف البیع والهبة والصدقة والوصیة بذلک حیث لا یجوز للغرر او للجهالة او لعدم الملک فیه للحال او لانه لیس بمال متقوم حتی لو اتلف شرب انسان بان سقی ارضه من شرب غیره لا یضمن علی روایة الاصل وکذا لا یضمن بعقد والوصیة ببیعه وهبته والتصدق به مثل بیعه والتصدق به فلا یجوز بخلاف الوصیة بالانتفاع به علی ما بینا وکذا لا یصلح مسمی فی النکاح ولا فی الخلع ولا فی الصلح عن دم عمد او عن دعوی لکن هذه العقود صحیحة لانها لا تبطل بالشرط

الناس

شرط وجوب الضمان فی السبب ان یکون متعدیا

بعث النبی علیه السلام لبیان الاحکام لا لبیان الحقائق

القیاس لاثبات الاسماء اللغویة باطل وانما هو لتعدی الحکم الشرعی فی موضعه

الفاسد ولا یملک الشرب لانه لا یملک بسایر الاسباب فکذا بهذا السبب ویجب علی الزوج مهر المثل وعلی المراة رد ما اخذت من المهر وعلی القاتل الدیة وللمدعی ان یرجع علی دعواه لبطلان المسمی ولو مات وعلیه دیون لا یباع الشرب بدون الارض لما ذکرنا وان لم یکن له ارض قیل یجمع الماء کل نوبته فی حوض فیباع الماء الی ان یقضی دینه من ذلک وقیل ینظر الامام الی ارض لا شرب لها فیضم هذا الشرب الیها فیبیعهما برضا صاحبها ثم ینظر الی قیمة الارض بدون الشرب والی قیمتها معه فیصرف تفاوت ما بینهما من الثمن الی قضاء دین المیت والسبیل فی معرفة قیمة الشرب اذا اراد قسمة الثمن علی قیمتهما ان یقوم الشرب علی تقدیر ان لو کان یجوز بیعه وهو نظیر ما قال بعضهم فی العقر الواجب بشبهة ینظر الی مثل هذه المراة بکم کانت تستاجر علی الزنا فذلک العقر هو عقرها فی الوطی لشبهة وان لم یجد اشتری علی ترکة هذا المیت ارضا بغیر شرب ثم ضم هذا الشرب الیها وباعهما فیؤدی من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال ولو ملا ارضه ماء فنزت ارض جاره او غرقت لم یضمن لانه مسبب ولیس بمتعد فیه فلا یضمن لان شرط وجوب الضمان فی السبب ان یکون متعدیا الا تری ان من حفر بئرا فی ارضه لا یضمن ما عطب فیها لما قلنا وان حفر فی الطریق یضمن وانما قلنا انه لیس بمتعد لان له ان یملا ارضه ماء ویسقیها قالوا هذا اذا سقی ارضه سقیا معتادا بان سقاها قدر ما تحتمله عادة واما اذا سقاها سقیا لا تحتمله ارضه فیضمن وهو نظیر ما لو اوقد نارا فی داره فاحترق دار جاره فانه ان کان اوقد مثل العادة لا یضمن وان کان بخلاف العادة یضمن وکان الشیخ الامام اسماعیل یقول انما لا یضمن بالسقی المعتاد اذا کان یحتاط فیه بان سقی ارضه فی نوبته مقدار حقه واما اذا سقاها فی غیر نوبته او فی نوبته زیادة علی حقه فیضمن لوجود التعدی فی التسبیب والله اعلم

کتاب الاشربة

قال والشراب ما یسکر یعنی فی اصطلاح الفقهاء وهو فی اللغة اسم لکل ما یشرب من المایعات والاشربة جمع شراب والمراد به هاهنا ما حرم شربه وکان مسکرا قال والمحرم منها اربعة الخمر وهی النیء من ماء العنب اذا غلی واشتد وقذف بالزبد وحرم قلیلها وکثیرها وقال بعضهم کل مسکر خمر لما روی عن عمر انه علیه السلام قال کل مسکر خمر وکل مسکر حرام رواه مسلم وابو داود والترمذی وغیرهم وفی لفظ کل مسکر خمر وکل خمر حرام رواه مسلم ولقوله علیه السلام الخمر من هاتین الشجرتین النخلة والعنبة رواه مسلم وابو داود والترمذی وجماعة اخر وعن النعمان بن بشیر قال قال رسول الله صلی الله علیه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعیر خمرا ومن الزبیب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه ابو داود والترمذی وجماعة اخر ولانها سمیت خمرا لمخامرتها العقل والسکر یوجد بشرب غیرها فکان خمرا ولنا ان الخمر حقیقة اسم للنیء من ماء العنب المسکر باتفاق اهل اللغة وغیره یسمی مثلثا او باذقا الی غیر ذلک من اسمائه وتسمیة غیرها خمرا مجاز وعلیه یحمل الحدیث او علی بیان الحکم ان ثبت لانه علیه السلام بعث له لا لبیان الحقایق ولا نسلم انها سمیت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا انها سمیت بالخمر لمخامرتها العقل لا یلزم منه ان یسمی غیرها بالخمر قیاسا علیها لان القیاس لاثبات الاسماء اللغویة باطل وانما هو لتعدی الحکم الشرعی فی موضعه الا تری ان البرج سمی برجا لتبرجه وهو الظهور وکذا النجم سمی نجما لظهوره ثم لا یسمی کل ظاهر برجا ولا نجما وکذا یقال للفرس ابلق لاجل لون مخصوص ثم لا یسمی الثوب به وان کان فیه ذلک اللون وما ذکر فی المختصر من حد الخمر هو قول ابی حنیفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا یشترط فیه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسکرة تحصل به وهو المؤثر فی انقطاع العداوة والصد عن الصلوة واما القذف بالزبد فصفاء ولا تاثیر له فی احداث صفة السکر وله ان الغلیان بدایة الشدة وکماله بقذف الزبد لانه یتمیز به الصافی عن الکدر واحکام الشرع المتعلقة بها قطعیة کالحد واکفار مستحلها ونحو ذلک فتناط بالنهایة وقیل یوخذ فی حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفی وجوب الحد علی الشارب بقذف الزبد احتیاطا والکلام فیها فی مواضع احدها فی بیان ماهیتها وهو ما ذکرنا والثانی فی وقت ثبوت هذا الاسم وقد بیناها والثالث ان عینها حرام غیر معلول بالسکر ولا یتوقف علیه بخلاف غیرها من الاشربة فان حرمتها متوقفة علی السکر ومن الناس من یقول غیر المسکر منها لیس بحرام کغیرها من الاشربة لان الفساد

الدالیة

السانیة

الجسر والقنطرة

لا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل

لا يجوز التعليل لتعدية الاسم

فلا يجوز ان يجعل في دهن ولا طيب ولا يجوز الاستعاط بها ولا ان تداوى بها ... ذكر في نهاية البيان

لا تحصل به وهذا اكفر لانه مخالف الكتاب والسنة والاجماع ولان قليله يدعو الي كثيره وهو من خواص الخمر بان تزداد اللذة باستكثارها بخلاف ساير المشروبات ثم جاز ان تحرم لاجل لذتها ايضا بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين الابرار انه عليه السلام قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الاخرة رواه البخاري ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها مطلقا والدليل عليه ان التي في الاخرة غير مسكرة والتنعم بها في الدنيا هو الذي يوجب حرمانها في الاخرة كما قال الله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا ونظيره لبس الحرير فان من لبسه في الدنيا لا يلبسه في الاخرة لاجل التنعم به لا غير والشافعي يعدي الحكم او الاسم الي غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها لذاتها بقوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل لتعدية الاسم على ما بينا والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به والخامس ان مستحلها يكفر لانكار الدليل والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم واحمد ولان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها وقال صاحب الهداية والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله تعالى امرنا باجتنابها وفي الانتفاع بها اقترابها والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منه شيئا لما بينا من قبل والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد في التي خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى الي المطبوخ والعاشر جواز تخليلها على ما يجي من بعد ان شاء الله تعالى

قال والطلا وهو العصير ان طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في المحيط الطلا اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ما العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلا ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما يجي من قريب وانما سمي طلا لقول عمر رضي الله عنه ما اشبه هذا بطلا البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه وفي الهداية هو مثل ما ذكر في المختصر وهو الذي يطبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق ايضا سوا كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثيه اما اذا ذهب ثلثاه يحل عندنا على ما يجي والمنصف منه هو ما ذهب نصفه وبقي النصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الي كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق ولا يدعو قليله الي كثيره

قال والسكر وهو النّي من ما الرطب وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا قذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضي الله عنهم والاية محمولة على الابتدا حين كانت الاشربة مباحا وقيل اريد بها التوبيخ معناها والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا

قال ونقيع الزبيب وهو النّي من ما الزبيب وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الي مسا الثالثة ثم يامر به فيسقى الخدم رواه مسلم فان بقي شي اهرقه او امر به فاهريق وشرط حرمته ان يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتي فيه خلاف الاوزاعي كما في الباذق والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة هذه الاشيا دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة في رواية ويجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وان لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا تكون مثلها

قال والكل حرام اذا غلى واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بيناه جميعا واحكامها فلا حاجة الي اعادته

قال والحلال منها اربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ ادنى طبخة وان اشتد اذا شرب ما لا يسكر

الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات وجه

بلا لهو وطرب والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ اولا والمثلث العنبي اما الاول وهو نبيذ التمر والزبيب ان طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ الي ان ينضج فلما روي عن ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنبذوا الرطب والزبيب جميعا ولكن انبذوا كل واحد منهما على حدة رواه مسلم واحمد ورواه البخاري وذكر التمر بدل الرطب وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن ابي سعيد ان النبي عليه السلام نهى عن التمر والزبيب ان يخلط بينهما وعن البسر والتمر ان يخلط بينهما الي ان قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا او بسرا فردا رواه مسلم والنساي وقد ورد في النهي عن الخليطين احاديث كثيرة كلها صحاح وكلها يدل على ان كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا وكذا ما روي عن انس رضي الله عنه ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري ومسلم واحمد فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا اطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر احاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النّي والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض واما الثاني وهو الخليطان فلما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كنا ننبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاية فناخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الما فننبذه غدوة فيشرب به عشية وننبذه عشية ونشربه غدوة رواه ابن ماجه وروي عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الي اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النّي منه وما روي من النهي عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج بل يؤثر باحدهما جاره والاباحة كانت في حالة السعة والحمل ماثور عن ابرهيم النخعي رضي الله عنه واما الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم واحمد وغيرهما خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم اي حكمهما واحد لان كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي الي كثيره كيف ما كان واما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ما العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روي عن ابي موسى انه كان يشرب من الطلا ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث رواه النساي وله مثل عن عمر وابي الدردا وقال البخاري راي عمر وابو عبيدة ومعاذ شرب الطلا على الثلث وشرب البرا وابو جحيفة على النصف وقال ابو داود سالت احمد عن شرب الطلا اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا باس به قلت انهم يقولون انه يسكر قال لا يسكر ولو كان يسكر لما احله عمر ولانه لا يحصل به الفساد من الصد والقا العداوة بالشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولان قليلها يدعو الي الكثير على ما بينا ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الي الكثير وهو في نفسه غذا فيبقى على اصل الاباحة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي كل ما اسكر كثيره فقليله حرام من اي نوع كان لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وعن عايشة رضي الله عنها انها قالت سيل النبي صلى الله عليه وسلم عن البتع وهو نبيذ العسل وكان اهل اليمن يشربونه فقال كل شراب اسكر فهو حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابي موسى قال قلت يا رسول الله افتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل ينبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعطي جوامع الكلم بخواتيمه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن عمر انه عليه السلام قال ما اسكر كثيره فقليله حرام رواه احمد وابن ماجة والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار الصحاح ما لا يحصى ولنا ما روينا من اطلاق الانتباذ على الانفراد والخليط ولان المسكر هو القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف الي الوصف الاخير من علة ذات اوجه فيقتصر الحرمة عليه ونظيره الاسراف في الاكل فان الزايد على الشبع هو الحرام لا غير وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوي دون التلهي وان قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد انه قال مثل قولهما وعنه انه كره وعنه انه توقف فيه فاذا

كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النايم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعن محمد اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا طلق امراته وهو سكران منه كما في ساير الاشربة المحرمة وكان ابو يوسف اولا يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما بلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه وكان قوله في الاول مثل قول محمد الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لان بقاوه في هذه المدة من غير ان يفسد دليل قوته وشدته فكان اية حرمته ومثله مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم رجع الى قول ابي حنيفة فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها ابو حنيفة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم شربه اصلا كالخمر والثلثة ه المحرمة وفيما يحرم السكر منه والفتوى في زماننا بقول محمد رحمه الله حتى يحد من سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب والعسل ه والتين لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة في زماننا هذا ويقصدون السكر واللهو بشربها وعن ابي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح انه يحل عنده على ما ذكره صاحب الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه او لئلا يودي الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والمثلث اذا صب عليه الما وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الما فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الما على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الما يذهب اولا للطافته او يذهب منهما ولا يدري ايهما ذهب اكثر فيحتمل ان يكون الذاهب من العصير اقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصير اكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تغير فصار كما لو طبخ فيه بعد العصير ولو جمع بين العنب والتمر او بينه وبين الزبيب فطبخه لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر والزبيب ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم نقع فيه تمر او زبيب ان كان ما نقع فيه شيا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحدود في درئها ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال وحل الانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت والنقير ه لما روي عن بريدة انه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعا غير ان لا تشربوا مسكرا رواه مسلم واحمد وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا لا يحل شيا ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو داود وجماعة اخر وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدبا وهي القرعة ونهى عن النقير وهي اصل النخل ينقر نقرا وينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي المقير الحديث ثم نسخ بما روينا وقال ابو هريرة الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعا عتيقا يطهر بغسله ثلثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملا ماء مرة بعد مرة حتى اذا خرج الما صافيا غير متغير لونا او طعما او رايحة حكم بطهارته قال وخل الخمر سوا خللت او تخللت اي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين ان تتخلل هي او تخلل وقال الشافعي ان خللها بالقاء شي فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان بغير القا شي فيها بالنقل من ظل الى شمس او ايقاد النار بالقرب منها ولا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله فيها قولان له ما روي عن انس انه عليه السلام سيل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي وصححه وعن انس ان ابا طلحة سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا نجعلها خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز ولانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس باول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس شي بالملاقاة والاقتراب حرام وهو نظير قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرته الحرام وان مات بنفسه ورثه وكذا الصيد الحرم لا يحل له اذا اخرجه بل يجب عليه رده اليه وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل مطلقا فيتناول جميع ه

صورها

صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفرا وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح للمصالح مباح ولا اقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال فيختاره من ابتلي به والنهي عنه بما روي ان تستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها انتفاعه كالاسدام وغيره وهو نظير ما روي انه عليه السلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وان تتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط قال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون ويطيعونهم قال نعم قال هو ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال او نقول ليس فيما روي دلالة على ان الخمر لا يطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك اصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد الاثر انا نهينا عن التوضي بما مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجا باشيا كثيرة ثم اذا فعل ذلك يحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الارض المغصوبة والبيع منهي عنه ثم اذا فعل ينعقد حكمه مع حرمته وتنجس الشي الملقى فيها للمجاورة فاذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاورا للنجاسة الا ترى ان ظرفها طاهر لان تنجسه بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع اجزايها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الانا فاما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا ~~وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا~~ على ما كان ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملي خلا يطهر في الحال لما قلنا قال وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزا الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا ولا ان يسقي ذميا ولا صبيا والوبال لمن سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي الا اذا سكر وقال الشافعي يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات منها فلنا ان وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما يميل الطباع اليه ولا يميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى الكثير ولا كذلك الدردي ولان الغالب عليه الثفل فاشبه غالب الما ولو جعلت الخمر في مرقة فطبخت لا توكل للتنجس والطبخ لا يوثر في الخمر ولو اكل منه لا يحد الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها او لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر في النهاية ان الاستشفا بالخمر جايز اذا علم ان فيه شفا وليس له دوا اخر غيره وعزاه الى الذخيرة فصل في طبخ العصير الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي فيحل الثلث الباقي بعد ذلك ولو صب فيه الما قبل الطبخ ثم طبخ بمايه ينظر ان كان الما اسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثي العصير بعد ذهاب الما الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير لان الذاهب الاول هو الما والزبد والثاني هو العصير ولا بد من ذهاب ثلثيه وان كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي لذهاب الثلثين وبقي الثلث ما وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب اقل من الثلثين ثم اهريق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته ان ياخذ ثلث الجميع فيضربه في الباقي بعد الانصباب ثم يقسم الخارج من الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان ينصب منه شي فما اصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل مثاله اثنى عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب اربعة ارطال ثم اهريق رطلان ياخذ ثلث العصير كله وهو اربعة فيضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيصير اربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان يهراق

الثلث مدة ضربت للجوارح بتكرار التجارب والامتحان

منه وذلك ثمانية فنصيب كل واحد منها ثلثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما اصاب المنصب ~~وما بقي بعد الانصباب فما اصاب المنصب~~ يجعل مع ٥ المنصب كان لم يكن فكان جميع العصير هو الباقي وما اصابه من الذاهب بالطبخ وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا اهريق بعضه اهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال والله اعلم

كتاب الصيد

قال رحمه الله هو الاصطياد اي الصيد هو الاصطياد في اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمي به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر وقد يطلق اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الادمي ماكولا كان او غير ماكول والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم وكذا المصيد ان كان ماكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام الصيد لمن اخذ ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكل فان اخذ الكلب ذكاه رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا ٥ كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف قال ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة اي يحل الاصطياد بهذه الاشيا وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اي صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم وقيل هي ان تكون جارحة بنابها او مخلبها حقيقة ويمكن حمل الاية على ما هو ظاهر الرواية لان في اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به والمكلب المعلم من الكلاب ومؤدبها ثم عم في كل ما ادب جارحة بهيمة كانت او طايرا ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح ويدل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه لان اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا ذكر في الهداية والكافي وذكر في النهاية الذيب بدل الدب كذا في المحيط ولانهما لا يتعلمان عادة ولان التعليم يعرف بترك الاكل وهما لا ياكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعليم حتى لو تصور التعليم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية والحق بعضهم الحداة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به قال ولا بد من التعليم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله صلى الله عليه وسلم لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم واحمد وكذا لا بد ان يكون المرسل اهلا للذكاة بان يكون مسلما او كتابيا ويعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبايح قال وذا بترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي اي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي بالرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفي بغيره مما يدل على التعليم ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما ما هو مالوفه دل على تعلمه وانتهائه عليه وهذا الفرق لا يتاتى الا في الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بالوف والفرق الاول يتاتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فامكن تعليمه بالضرب الى ان يترك الاكل وانما يشترط ترك الاكل ثلث مرات وهو قولهما ورواية عن ابي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي مدة ضربت لذلك كما في قصة موسى مع معلمه عليهما السلام وكمدة الخيار

لاختبار

لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يوذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه السلام الثلث كثير ولا تقدير عند ابي حنيفة لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا تقدير فيه لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص فيها فيفوض الى راي المبتلى به كما هو دابه في مثله كحبس الغريم والنجاسة الخفيفة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ونحو ذلك ذكره قوله في الاصل وترك الاكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحداقة والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك تناولها الاجل الاولى ولا الثانية على قول من قال بالثلاثة وهذا ظاهر وكذا الثالثة عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلث وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير ماذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى ان ينقضه ان شاء وعند ابي حنيفة على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث انه معلمه فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق ان امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد اخذ له بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به ولان بيع العبد مال المولى لا يجوز وان كان ماذونا له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه وهو ساكت صار ماذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي بكم اجابة يصير معلما فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكر في الكلب ولو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لان الخوف ينفره بخلاف الكلب قال ومن التسمية عند الارسال ومن الجرح في اي موضع كان اي لا بد من التسمية عند الارسال ومن الجرح في اي موضع كان من اعضائه اما التسمية فلما تلونا ورويناه من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر اما اذا نسي التسمية عند الارسال فلا باس باكله وقد بيناه في الذبايح اما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه والا لزم نسخه بالراي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح على ما بينا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث او كان التقييد والاطلاق من جهة السبب واما اذا كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه قال فان اكل منه البازي اكل وان اكل منه الكلب او الفهد لا وقال مالك والشافعي في القديم يوكل وان اكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو ان ابا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فافتني في صيدها فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل مما امسكن عليك الحديث الى ان قال هو للنبي صلى الله عليه وسلم وان اكل منه قال عليه السلام وان اكل منه ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لتعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه السلام له اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل ما امسكن عليك الا ان ياكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابراهيم عن ابن عباس انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسكه على نفسه واذا ارسلته فقتل ولم ياكل فكل فانما امسك على صاحبه رواه احمد وما رويناه غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم اولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم ياكل منها شيئا ثم اكل من صيد بعد ذلك لا يوكل من الذي اكل منه لانه علامة جهله ولا ما يصيد بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند ابي حنيفة وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فياكل مع علمه ولان ما احرزه قد امضي فيه الحكم بالاجتهاد

اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد

التعليم يعلم بترك الاكل

فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيد يد فيه من وجه لعدم
الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة ان اكله اية جهله من لا تبدل الان الحرفة لا تنسي اصلها فبالاكل تبين ان تركه الاكل كان بسبب الشبع
لا للتعليم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا ولان علمه لا ثبتت
الا ظاهرا فينبغي جعله موهوما والموهوم في باب الصيد ملحق بالمتحقق احتياطا ما امكن والامكان في حق القايم جميعا دون الغايب ـــــ
وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند ابي حنيفة اذا كان العهد قريبا اما اذا تطاول العهد بان اتي عليه شهر او اكثر وصاحبه
قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان المدة الطويلة تحقق النسيان فلا يعلم انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان
وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر انه لم يكن معلما حين اصطاد تلك الصيود فيحرم تلك الصيود وقال شمس الايمة السرخسي
الصحيح ان الخلاف في الفصلين ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الي صاحبه فارسله فصاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به
عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد فيكون حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل من لحمه شيئا
اكل لانه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصايد الصيد من الكلب
وقطع له منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه امسك علي صاحبه وسلمه اليه واكله بعد ذلك مما القي اليه صاحبه لا يضر
لانه لم ياكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا القي اليه صاحبه طعاما اخر وكذا اذا خطف الكلب منه واكله لانه لم ياكل من الصيد
اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك
لبقاء جهة الصيد يد فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لا يوكل لانه صيد كلب جاهل
حيث اكل من الصيد ولو القي ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه حتي اخذه صاحبه ثم ذهب الي تلك البضعة فاكلها يوكل الصيد
لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضر فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولي بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك علي نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بالقطع منه
فيتمكن منه فان اكلها قبل الاخذ يدل علي الوجه الاول وبعده علي الوجه الثاني قال ـــــ وان ادركه حيا ذكاه لقوله عليه
السلام لعدي اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه
قدر علي الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولا ثبت قبل موته فبطل حكم البدل والبازي والسهم كالكلب لان
المعني يشمل الكل قال ـــــ وان لم يذكه اذ خنقه الكلب ولم يجرحه او شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله
عليه عمدا حرم اما اذا لم يذكه فلانه لما ادركه حيا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعني فبتركه يصير ميتة وهذا اذا
تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بان بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا
اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما الا تري انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد
موته لان موته لا يضاف اليه والميت ليس بمحل للذكاة وذكر الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يحل الا اذا
ذكاه بناء علي ان الحياة الحقيقية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتي حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة اذا كان فيها
حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بان يبقي فوق ما يبقي المذبوح عند محمد وعند ابي يوسف
ان يكون بحال يعيش مثلها ليكون موتها مضافا الي الذكاة والسهم مثله وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية
عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول الشافعي لانه لم يقدر علي الاصل فصار كالمتيمم اذا راي الماء ولم يقدر علي استعماله ولا يوكل في
ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قايم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لان الناس يختلفون
فيه علي حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح ولا يمكن ضبطه فادير الحكم علي ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل الا
بالذكاة سوا كانت حياته خفية او بينة بجرح المعلم او غيره من السباع وعليه الفتوي لقوله تعالي وما اكل السبع الا ما ذكيتم استثنا
مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله عليه السلام لعدي فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقا

الحديث

والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم واحمد وفصل الشافعي تفصيلا اخر غير ما ذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الالة لم يوكل لان التقصير
من جهته وان كان لضيق الوقت اكل لعدم التقصير والحجة عليه ما تلونا وما روينا واما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند
قوله لا بد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف الرواية فيه والكسر كالخنق حتي لا تعتد به لانه لا يفضي الي خروج الدم واما
اذا شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روي عن عدي بن حاتم رضي الله عنه انه قال قلت يا رسول
الله اني ارسل كلبي فقال اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك علي نفسه قلت اني ارسل كلبي
واجد معه كلبا اخر غيره لا ادري ايهما اخذ فقال لا تاكل فانما سميت علي كلبك ولم تسم علي غيره وفي رواية ان رسول الله صلي الله عليه
وسلم قال اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تاكل فانك لا تدري ايهما قتله رواهما
البخاري ومسلم واحمد رحمهم الله وهذا صحيح فيكون حجة علي مالك والشافعي في قوله القديم انه لا يحرم باكل الكلب الصيد وعلي
الشافعي في متروك التسمية عمدا ايضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال
والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك والحلال جايز الترك فكان الاحتياط في الترك ولو رده عليه الكلب الثاني
ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح ثم قيل الكراهة كراهية تنزيه لان الاول لما
تفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا واوجبت اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني
لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسي بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب
فلا تتحقق المشاركة اصلا وفعل الكلب من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد علي
الاول فاشتد الاول علي الصيد بسببه فاخذه فقتله فلا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب الاول حتي ازداد طلبا ولم يوثر في
الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه ولا يضاف الحكم الي التبع بخلاف ما اذا رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ولو رده عليه سبع او
ذو مخلب من الطير مما يجوز ان يعلم فيصاد به فهو كما لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما اذا رده
عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الاحكام قال ـــــ وان ارسل مسلم
كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم والمراد بالزجر التهييج اي هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد
في العدو وانما يحل في الاول ويحرم في الثاني فلان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينفسخ به الارسال لان الشي لا يرتفع
الا بمثله او بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه كنسخ الاي فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي
بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما علي ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك
التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي غير ان المحرم يجب عليه الجزا بالزجر لما فيه من التعرض للصيد الا تري انه يجب عليه الجزا بالدلالة
وهو دونه فبالزجر اولي وهو فوقها ولا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزا اعتباره في حق انفساخ الفعل قال ـــــ
وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر حل وهذا استحسان والقياس ان لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار
للضرورة فاذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بنا عليه ولا يعتبر علي ما بينا ووجه الاستحسان
ان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس في اعتباره
ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لكونه بنا عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل
الاول هنا والجامع ان الزجر فيهما بنا علي الاول لانا نقول الزجر ان كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه اخر
من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات لان اخر المثلين يصلح ناسخا للاول كما في نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول
لان الزجر لا يساوي الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بنا علي الارسال فكان دونه من كل وجه
ولا يرتفع به والبازي كالكلب فيما ذكرنا ولو ارسل كلبه المعلم علي صيد معين فاخذ غيره وهو علي سننه حل وقال مالك
لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه فلا يتحول الي غيره فصار كما اذا اضجع شاة

وسمي عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غير ما عين بذلك الارسال ولو ارسل
من غير تعيين يحل ما اصابه خلافا لمالك وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين تعين وعندنا التعيين
ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه ايجاد الارسال دون التعيين
لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا ياخذ الا ما يعينه له ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيها يوجع
الى مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان قصده الى اخذ كل صيد يتمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن وكذا غرضه
متعلق بمعين فيتعلق التسمية هناك بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة ولو ارسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع
لان الذبح يقع بالارسال ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكتفي بتسمية واحدة فصار كما اذا اضجع شاتين احداهما
فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل متعدد ولا بد من تعدد التسمية ومن
ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن من الصيد ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا لاستراحة فلا ينقطع به فور الارسال
وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة فينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك
منه منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهد عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه فيحصل
مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنه انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الي فلا اذل وهكذا ينبغي للعاقل
ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي
للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا
ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب ثلثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه تركه ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري
وهكذا ينبغي لكل عاقل وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك لا يقطع فور الارسال لما بينا في الفهد ولو ارسل كلبه فاخذ صيدا فقتله ثم
اخذ اخر فقتله اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه وغيره ولو جثم على الاول طويلا ثم مر به
صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم
ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يوكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث
ساعة للكمين ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة
بدونه وليس كان مرسلا فهو مال الغير ولا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل كلبه على صيد فاخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه
اخرى فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين فقتله احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ما لم يكن ارسال احدهما بعدما اثخنه الاول ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل اذا كان ارسال الثاني
قبل ان يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول وان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح
الثاني بعدما اثخنه الاول لان الارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال
لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه قال **وان رمى وسمى وجرح اكل** اي من رمى الى الصيد فاصابه
يوكل اذا جرح لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد
وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله او سهمك رواه البخاري ومسلم واحمد وشرط الجرح لما روي عن ابرهم عن عدي بن حاتم قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم تخزق فلا تاكل ولا تاكل من المعراض الا ما ذكيت ولا
تاكل من البندقة الا ما ذكيت رواه احمد ولا فرق في ذلك بين ان يصيب المرمي نفسه او غيره من الصيد كما في ارسال الكلب
على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى وسمى وجرح اشارة اليه حيث لم يتعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا
سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد يحل اكله سواء كان الصيد المسموع حسه ماكولا او غيره بعد
ان كان المصاب ماكولا لانه وقع اصطيادا ذاع فصح ذلك وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته الا يرى انه

لا يثبت

لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يوثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يوكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه
والظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فيكون دخلا تحت قوله واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا والاباحة
التناول يرجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبلها لحما او جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطياد اصار
كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس جراد او سمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني ان اصاب لا يوكل لان الذكاة لا تقع
عليهما ولا يكون الفعل ذكاة واورده على صاحب الهداية ثم تبين انه حس صيد حل المصاب فقال كان من حقه ان يقال ثم تبين انه
حس صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح او الجرح وقال صاحب الهداية في اخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل
في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما فكان يمكنه ان يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية
الحل فلا يرد عليه ما اورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك القيد الذي ذكره وفي فتاوى قاضي خان لو رمى الى جراد او سمكة وترك التسمية
فاصاب طايرا او صيدا اخر فقتله حل اكله وعن ابي يوسف روايتان والصحيح انه يوكل وهذا اوضح من الكل ولا يرد عليه اصلا وان
تبين ان المسموع حسه ادمي او حيوان اهلي او ظبي مستانس او موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا تقوم مقام الذكاة
ولو رمى الى طاير فاصاب غيره من الصيود وفر الطاير ولا يدري اهو وحشي ام لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى
الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري اهو ناد ام لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستيناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو
اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فتبين انه صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى
اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع حسه صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي
سمع حسه او اصاب صيدا اخر فقتله لا يوكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو
يريد الصيد وان يكون الذي اراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يوكل او لا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية وهذا اوجه
لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه
ايضا من قوله وان تبين انه حس ادمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هناك ان يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسئلة بل اولى لان
مقصوده ايضا فيها صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص ولا حاجة لذكره وقال فيه لو رمى الى ادمي او بقر او نحوه وسمى
فاصاب صيدا ماكولا لا رواية لهذا في الاصل ولابي يوسف فيه قولان في قول حل وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية
ابي يوسف فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين انه صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما اصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد
فلا يحل المصاب بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب قال **وان ادركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم** لما روينا وبينا
من المعنى في الكلب لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في احدهما واردا في الاخر دلالة لاستوائهما من كل وجه قال
وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لا لقوله عليه السلام لابي ثعلبة اذا رميت
سهمك فغاب ثلثة ايام فادركته فكله ما لم ينتن رواه مسلم واحمد وابو داود والنسائي وروي انه عليه السلام كره اكل الصيد
اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل ان يموت
بسبب اخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم في المحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان
اعتباره فيه يودي الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون في الصحاري بين الاشجار عادة ولا يمكنه ان يقتله في موضع من غير
انتقال وتواري عن عينه غالبا فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه
لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس في الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الاصل فيما
يمكن وجعل قاضي خان في فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره وقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد
بسبب اخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء ما توارى عنك وهذا
نص على ان الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية ايضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك

الظاهر كالسهم بدل قوله كالكلب

في قوله ان ما تواري عنك الا لم يبت يحل واذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في اول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقها اصحابنا رحمهم الله ولو حمل ما ذكر على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر وما روينا من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من يمنع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان غاب عنك يوما ولم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا في الما فلا تاكل رواه مسلم والنسائي وفي رواية انه عليه السلام قال له اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه اثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكل رواه احمد والنسائي وفي رواية ان عديا رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله صلى الله عليك وسلم ارمي في الصيد فاجد فيه سهمي من الغد قال اذا علمت ان سهمك قتله ولم تر فيه اثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولانه يحتمل تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ما اذا كان بلا امارة على ما بيناه وحكم ارسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمي **قال ولو رمى صيدا فوقع في ما او على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض حرم** لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه السلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ما فانك لا تدري الما قتله او سهمك رواه البخاري ومسلم واحمد ولقوله عليه السلام لعدي اذا رميت سهمك واذا وقع في الما فلا تاكل رواه البخاري واحمد ولانه احتمل موته بغير الرمي اذ هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف في المحتمل في هذا الباب وهذا فيما اذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته يضاف الى غير الرمي وان كانت حياته دون ذلك فهو على هذا الاختلاف الذي مر ذكره في ارسال الكلب **قال وان وقع على الارض ابتداء حل** لانه لا يمكنه التحرز عنه فيسقط اعتباره كيلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يودي الى سد بابه لان اعتباره لا يودي الى الحرج فامكن ترجيح الحرم عند التعارض على ما هو الاصل في الشرع ولو وقع على جبل او سطح او اجر موضوعة فاستقر ولم يتردد حل لان وقوعه على هذه الاشيا كوقوعه على الارض ابتدا لانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما اذا وقع على شجر او حايط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قايمة او على حرف اجرة حيث يحرم لاحتمال ان حد هذه الاشيا قتله او يتردده وهو يمكن الاحتراز عنه وقال في المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق راسه او انشق بطنه لم يوكل لاحتمال موته بسبب اخر قال الحاكم ابو الفضل رحمه الله وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور في الاصل ولكن لجواز ان يكون اطلاق الجواب المذكور في الاصل فيما عدا هذا في المفسر لان حصول الموت بانفلاق الراس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم فيتردد فالظاهر اولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمي هو الظاهر ولا يحمل اطلاق الجواب في الاصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور في الاصل على انه اذا لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه فحل لذلك فكلا التاويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ما ذكر في الاصل على ما اذا مات بالرمي وما ذكر في المنتقى على ما اذا مات بغيره وفي لفظ المنتقى اشارة اليه الا يرى انه قال لاحتمال الموت بسبب اخر اي غير الرمي وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالي به وان كان الطير المرمي مايبا فان لم تنغمس الجراحة في الما اكل وان انغمست لا يوكل لاحتمال الموت به دون الرمي لانه يشرب الجرح الما فيسبب لزيادة الالم فصار كما اذا اصابه السهم **قال وما قتله المعراض بعرضه او البندقة حرم** لما روينا من حديث ابي ثعلبة ولما روي ان عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني ارمي الصيد بالمعراض فاصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخرقت فكله وان اصابه بعرضه فلا تاكل رواه البخاري ومسلم واحمد ولما روي انه عليه السلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقا العين رواه البخاري ومسلم واحمد ولان الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين او السيف فان اصابه بحده اكل والا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يوكل وان جرح

فكل صح

لاحتمال

لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حدة فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فقطع اوداجه او ابان راسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل انه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لانه قتل ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد فيبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل في جنس هذه المسايل ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل او شك فيه فلا يحل حتما او احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدمي اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله انهر الدم بما شئت رواه احمد وابو داود وغيرهما وقيل يحل لاتيانه ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد ينحبس لغلظه او لضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه وقيل ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادما وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادما لان الكبير انما لا يخرج منها الدم لعدمه والصغير لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل اكلها وقيل لا يحل فالاول قول ابي بكر الاسكاف والثاني قول اسماعيل الصفار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد قول من يشترط خروج الدم **قال وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لا العضو** وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما قطع من بهيمة وهي حية فهو ميتة رواه ابن ماجة ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الما وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا ابين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في هذه الحالة في الما او تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بعد ذلك حقيقة وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا يتبعه لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل بان بقي في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح لانه حي صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يوثر فيه وقوعه في البير في هذه الحالة وكذا يحل اكله في هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شي من هذه الاحكام **قال وان قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز اكل كله** لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل كله كما اذا ابين راسه في الذكاة الاختيارية وكذا اذا قد نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل من نصف الراس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقا الحياة في الباقي وان ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده او رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم التيامه واندماله حل اكله لانه بمنزلة ساير اجزايه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد** لانهم ليسوا من اهل الذكاة في حالة الاختيار فكذا في حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من اهل ذكاة الاختيار في حق الصيد فلا يكون من اهل ذكاة الاضطرار فيه ويوكل صيد الكتابي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل** لانه هو الاخذ وقال عليه السلام الصيد لمن اخذ وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح اي موضع كان وقد وجد **قال وان اثخنه فلا اكل وحرم** لانه لما اثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه

من ضرب عنق شاة

من الاول لان موته يضاف الي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال صح

ذكاته للرمي بما دام فيه كه وصار الثاني قابلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فالقتل اولي ان يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقي فيه من الحياة الا بقدر ما يبقي في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان موته لا يضاف الي الرمي الثاني فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما لهذا الوقع في الا ان هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته لو كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بان كان يبقي يوما او دونه فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده عند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته جراحته اي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحة الاول لانه اتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما اتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف يعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو اتلف عبدا مريضا او شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض او الجرح وقال صاحب الهداية وتخريجه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يسلم منه والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الي الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال صاحب الهداية قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحما اما الاول وهو ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصته فيضمنه اولا واما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولي ما كانت بصنعه نقص الجراحة الاولي ما كانت بصنع الثاني فلا يضمنها الثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا اي الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته اولا واما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولي صار بحال يحل بذكاة الاضطرار ولولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا اعني بين ما اذا حصل القتل بالثاني وحده او بهما او ليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الا انه بين في المسئلة الاولي جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضي خان اي عدم الفرق بين المسئلتين بيانه ان الرامي الاول اذا رمي صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلي الطريقة الاولي يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمين لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير ما نقصته جراحته وعلي الطريقة الثانية يضمن درهمين اولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته بقي من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعني به نصف قيمته حيا ثم اذا مات يضمن النصف الاخر بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بالقتل لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان تكرر الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياته بينة عند رمي الثاني وكان الرمي الثاني بعد ما اثخنه الاول اما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني ويوكل لان موته لا يضاف الي الثاني ولهذا وقع في الها... في هذه الحالة لا يحرم وقد ذكرنا من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري ولو رميا معا فاصابه احدهما قبل الاخر فاثخنه ثم اصابه الاخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه الثاني فقتله فهو للاول ويوكل وقال زفر لا يحل اكله لان حالة اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما اذا رماه الثاني بعد ما اثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا يشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده الا ان الملك يثبت للاول لان سهمه اخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل ان يحصل بسهم الثاني فحاصله ان المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لان الرمي الي صيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان ولا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكي فيحل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق

الملك

الملك يعتبر وقت الاثخان لانه يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رمياه معا واصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتي يملكه بالاثخان ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان حتي لو ارسل بازيه فامسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فارسل اخر بازيه فقتل ذلك الصيد فان الصيد للثاني وحل لان يد البازي الاول ليست بيد حافظة لبقاء سنام يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازي من اهل الاتلاف فيعمل الي صاحبه ولو رمي سهما فاصاب الصيد فاثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا ولو رمي سهما موضوعا علي حائط فدفعه ومضي السهم الثاني واصاب صيدا فقتله حل لان اندفاع السهم الثاني بواسطة الاول فاضيف الي راميه كانه رماه به ولو رمي سهما الي صيد ورمي رجل اخر الي ذلك الصيد او غيره فاصاب السهم الثاني السهم الاول وامضاه حتي اصاب الصيد وقتله جرحا ينظر ان كان السهم الاول بحال يعلم انه لا يبلغ الي الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو الاخذ له حتي لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل استحسانا لانه اوجب زيادة قوة في السهم الاول فاوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمي صيدا او ارسل كلبه فاقبل الصيد هاربا من سهمه او كلبه فرماه مسلم او ارسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي علي الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم علي قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة توجب الكراهة اما اذا فعل بعد وقوع سهم المجوسي في الارض او بعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي لم يبق حال رمي المسلم وارساله ولو رمي سهما الي صيد فصرفته الريح عن سننه حل لعدم امكان التحرز عنه بخلاف ما اذا اصاب السهم حائطا او صخرة فارتد واصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع بالارتداد الي ورا وكذا اذا ارادته الريح الي ورا لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الي ورا بضرب رجل اخر بسهمه حيث يحل اذا كان يرميه بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا الي الثاني فيحل ولو انحرف يمنة او يسرة باصابة الحائط ولم يرجع الي ورا حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم ينقطع فيضاف الي الرامي ولو هبت الريح فحملت السهم فزادت في ذهابه فاصاب الصيد فلا باس باكله لان فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي ولم يتحقق معني الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الي الرامي قال وحل اصطياد ما يوكل لحمه وما لا يوكل لقوله تعالي واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير قيد بالماكول اذ الصيد لا يختص بالماكول قال الشاعر صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده او ريشه او شعره او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

قال هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين هذا حده في الشرع وهذا اللفظ يدل علي الثبوت والدوام ويطلق الرهن علي المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده وارهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن في اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالي كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسي الرهن قد غلقا اي ارهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع والحبس قلب المحب عندها علي وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الي ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه واما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل او القيمة ورد العين مخلص علي ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمتنع وجوب الزكاة علي من هو في يده في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات والمضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها الا ترى ان الحوالة

المقيدة بالاعيان المضمونة بنفسها الا ببطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة باعيانها سبطل به ولولا ان الوجوب او شبهته لوجود سببه ثابت لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة واما السنة فما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب الاستيفا فيجوز كما يجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة والجامع ان الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن والذي يامن بالرهن من التوى بالجحود او باسراف المدين في ماله بحيث لم يبق منه شي او لمحاصصة غيره من الغرما فكان فيه نفع لهما كما في الحوالة والكفالة فتشرع قال ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع ان كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بنا على الخلاف في الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفا في جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشي الموصوف يقتضي ان يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ولان الرهن عقد تبرع لما ان الرهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيا ولهذا لا يجبر عليه ولا بد من الامضا بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والامضا يكون بالقبض وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال قال والتخلية فيه وفي البيع قبض والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم وانما يكتفي بالتخلية لانه هو في غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتدا اذ لم يكن الرهن مضمونا على احد قبل ذلك ولا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم مضمون على البايع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض والاول اصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فاشبه البيع والغصب ليس بمشروع ولا حاجة الى ثبوته بدون قبضه حقيقة وهو النقل قال وله ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه اي للراهن ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلمه كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك وقد ذكرناه قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل دينه صار مستوفيا دينه وان كانت اكثر من دينه فالفضل امانة وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت اقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعي الرهن كله امانة في يد المرتهن لا يسقط شي من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه اي للراهن الزوايد وعليه غرمه اي لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود وبهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة يراد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار امانة ضرورة لا يرى ان ما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز ان يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقايق ولان الحق ذكر معرفا بالاضافة فيعود الى المذكور اولا وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا ادري كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون

بالاقل

بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه انه قال يترادان الفضل وقال الحسن هذا يحول على حالة بقا الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل وقد روي عن محمد بن الحنفية عن علي مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الاخر بعد هلاكه بشي مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلثة اقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفا وهو ملك اليد والحبس لان لفظه ينبي عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفا وهو ان يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيسارع الى قضا الدين او لضجره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفا من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفى الدين بعد يودي الى الربا لانه يكون استيفا ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان الاستيفا الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له ان يستوفيه لياخذ حقه كاملا او صار مستوفيا بالمالية دون العين فيكون له الاستيفا ثانيا لياخذ حقه في العين كاملا لانا نقول لا وجه في استيفا الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد او ملك العين بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فسقط للضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فكان حقه في الجودة ببطل لعدم تصور استيفا الجودة وحدها بدون العين فاذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيه امانة في يده فيكون نفقته حيا وكفنه ميتا عليه لانها مونة الملك ولو اشتراه المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشرا لان عينه امانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون وقوله عليه السلام لصاحبه له غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل ان يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال وعن ابي يوسف في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن ولا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن ابي عبيد انهما بمعنى واحد يقول رجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث ما ولا لا يلزم حجة ومعنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف وعن النخعي في رجل دفع الى رجل رهنا واخذ منه درهما فقال ان جيتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفا وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضرورته بخلاف الصك والشهود لانه لا استيفا فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله ان حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع وجعله اولى به وتقديمه على ساير الغرما فيخرج على الاصلين عدة مسايل كلها مختلف فيها منها ان الرهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسري الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسري لان الولد الحادث بعد الاستيفا في حقيقة الاستيفا يكون للمستوفي فكذا في الاستيفا الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعينه للبيع فتعين عين للبيع لا يوجب تعين عين اخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدايم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكره في المختصر وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى اخر ما ذكر على ما بينا وقال زفر رحمه الله الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كانت قيمته اكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد استيفا ولا موجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفا بان اوفاه دراهم في كيس اكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل امانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد في المروي عن علي

عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وروي ابن الحنفية عنه صح

حالة البيع فانه روي عن محمد هنا فلم يذكر فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة لو هلك الرهن ان
يقال لو بيعت العين سلم العين الي المرتهن واخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ العين
المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الي المرتهن العين وجب عليه ان يرد قدر المضمون لان الزايد عليه امانة وان
هلكت العين المرهون بها قبل الرهن فالرهن رهن علي حاله بقيمة تلك العين وان هلك الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته
ومن قيمة العين حتي يرجع المرتهن علي الراهن بالزايد ان كانت قيمة العين اكثر ولا يرجع الراهن علي المرتهن ان كانت قيمة الرهن اكثر
لان الفضل من الرهن امانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه فضل وقال القدوري في مختصره ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وهذا
يشير الي ان الرهن بالاعيان المضمونة لا يصح ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها القيمة وهي دين علي ما بينا ووصفه الدين بكونه مضمونا
وصف ضايع لا فايدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر قاضي خان في فتاواه وصاحب المبسوط اذا اخذ المولي ببدل الكتابة
من مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان وذكر الطحاوي انه علي قياس قول
ابي يوسف ومحمد لا يجوز والصحيح الاول لان الرهن ايفا والارتهان استيفا وهو يملكهما ولو رهن مكاتبته عبدا فابق العبد عتق
المكاتب اذا انقضي القاضي بذلك وان رجع الابق بعد ذلك يكون رهنا لمكاتبته والعبد المأذون له في التجارة كالمكاتب حتي ملك الرهن
والارتهان لما ذكرنا قال ولهُ ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به اي للمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان
الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة
علي ما بيناه في القضا مفصلا قال ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه اولا اي اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن اولا
ليعلم انه باق وان قبض الرهن قبض استيفا ولا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفا لانه يؤدي الي تكرار الاستيفا علي اعتبار
الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولا وهو المراد بقوله والراهن باداء اولا
ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البايع المبيع ثم يسلم
المشتري الثمن اولا لما ذكرنا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان
الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفا فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة
يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به بزيادة ضرر لم يلزمه في
العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له عليه لا بيعه بامر الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كانه رهنه
الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البايع مرتهنا كان او عدلا لانه هو العاقد
وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الرهن باستيفا كل الدين يكلف لاستيفا نجم قد حل اذا ادعي الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك
بخلاف ما اذا اودع الراهن هلاكه لانه لا فايدة في احضاره مع اقراره ببقايه وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطا العبد الرهن حتي قضي
بالقيمة علي عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن علي قضا الدين حتي يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر دينا بفعل الراهن
وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن علي يد العدل وامر بالايداع
عند غيره ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع علي يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا لو وضع العدل
في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا ادري لمن هو يجبر الراهن علي قضا الدين
لان احضار الرهن ليس علي المرتهن لانه لم يقبض وكذا اذا غاب العدل ولا يدري اين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل
الرهن وقال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن علي الراهن بشي حتي يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توي المال والتوى علي المرتهن
فتحقق الاستيفا فلا يملك المطالبة به قال فان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتي يقضيه الدين اي لو اراد الراهن
ان يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا يجب علي المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدايم الي ان يقضي الدين لا القضا من ثمنه
علي ما بيناه من قبل فلو قضي البعض فله ان يحبس كل الرهن حتي يستوفي البقية كما في حبس المبيع قال فاذا قبض سلم الرهن اي اذا

قبض

كيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة وقد هلك الرهن

الدين لا يكون الا مضمونا

اخذ المولى بدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز بخلاف اخذ الكفيل به

للمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به

لو قضي البعض

قبض الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضا الدين
قبل تسليمه الي الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفيا من وقت القبض السابق وكان الثاني
استيفا بعد استيفا فيجب رده وهذا لانه بايفا الدين لا ينفسخ الرهن حتي يرده الي صاحبه فيكون مضمونا علي حاله بعد قضا
الدين ما لم يسلمه الي الراهن او يبريه المرتهن عن الدين وكذا لو تفاسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتي كان للمرتهن ان يمنعه
بعد الفسخ حتي يستوفي دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث
لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا فات احدهما لم يبق رهنا قال ولا ينتفع المرتهن
بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واجارة واعارة لان الرهن يقتضي الحبس الي ان يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع
الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدي قال وتحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي
في عياله معناه ان يكون الولد ايضا في عياله لان عينه امانة في يده علي ما بينا فصار كالوديعة واجير الخاص كولده الذي في عياله
وهو الذي استاجره مشاهرة او مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتي ان المراة لو دفعته الي زوجها لا تضمن قال
وضمن بحفظه بغيرهم وبايداعه وتعديه فيه لما بينا ان عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشيا لكونه متعديا بها فيضمن
جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثاني فهو علي الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب الوديعة ثم ان قضي القاضي بالقيمة
من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضا اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن
المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم اصله فاذا حل الاجل اخذ بدينه وان قضي بالقيمة من خلاف جنس
الدين كان الضمان رهنا عنده الي ان يقضيه دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره ضمن لانه استعمل الرهن
فصار متعديا به واليمنى واليسرى في ذلك سوا لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا علي حاله لانه لا يلبس
كذلك عادة فكان من باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان المرتهن امراة فيضمن لان النسا تلبس كذلك
فيكون من باب الاستعمال وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه علي عاتقه لا يضمن ولو رهنه سيفين
فتقلدهما ضمن وفي الثلثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب دون الثلثة ولو رهنه خاتمين فلبس
خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ قال واجرة بيت حفظه وحافظه
علي المرتهن واجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج علي الراهن والاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن نفسه وتبقيته فهو
علي الراهن سوا كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باقية علي ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه
كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من ماكله ومشربه واجرة الراعي مثله لانه علف البهايم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظير ولد
الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الي يد المرتهن او لرد جزء منه كمداواة الجرح
فهو علي المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون مؤنته عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن
وعن ابي يوسف ان اجرة الماوي علي الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الابق اذا كان كله مضمونا
لان يد الاستيفا كانت ثابتة علي المحل ويحتاج الي اعادة يد الاستيفا ليرده علي المالك فكانت من مؤنة الرد فيكون عليه وان كان
بعضه امانة فبقدر المضمون علي المرتهن وحصة الامانة علي الراهن لان الرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو المودع
فيها فيكون علي المالك بخلاف اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فان كلها يجب علي المرتهن كيف ما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق
الحبس ثابت له في الكل واما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة والفدا من الجناية ينقسم علي المضمون والامانة
والخراج علي الراهن لانه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدما علي حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه لا ينافي
ملكه الا يرى انه لو باع الخارج كله في غير الرهن قبل اداء العشر يجوز وكذا له ان يخرج بدل العشر من مال اخر واذا كان ملكه ثابتا فيه
بقي رهنا علي حاله بخلاف استحقاق جزء شايع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لانه تبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق

لو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن

لو هلك بعد الابراء لا يضمن استحسانا

لو دفعت المراة الرهن الى زوجها لا تضمن

ما يجب استحضاره

اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن

ذلك صح

فكان الرهن شايعا من الابتدا وتبين ان الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافي ملك الراهن لانه يه ولا في
غيره ثم اذا اخرج منه العشر خرج ذلك الجزء من ملكه في الوقت فلم يوجب شيوعا في الباقي لا طاريا ولا مقارنا وما اداه احدهما مما يجب
على الاخر بغير امر القاضي فهو متطوع كما اذا قضي دين غيره بغير امره وان كان بامر القاضي وجعله دينا على الاخر رجع عليه وبمجرد
امر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه كما في الملتقط وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي لانه يمكنه ان يدفع الامر الى القاضي فيامر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي نوع مسلة
الحجر ان القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عنده وعند ابي يوسف
يملك فينفذ امره عليه **باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع** وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان موجبه عنده استحقاق بيعه وتعينه له والمشاع يقبل ذلك ولان كان استيفاء فالاستيفاء الحقيقي لا يمتنع بالشيوع فكذا الحكمي **ولنا** ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدايم لتحصيل مقصوده
وهو الاستيثاق من الوجه الذي بينا وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا اشترط في النص ان يكون مقبوضا بخلاف حقيقة
الاستيفاء لان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لا الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدايم فيه لانه
يبطل بالمهاياة فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا
يحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه
ايضا لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا بخلاف
الاجارة حيث يجوز في المشاع من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك
والشيوع الطاري يمنع بقا الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقا اسهل من الابتدا فاشبه الهبة وجه
الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتدا والبقا كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو
الملك والمنع في الابتدا لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقا ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح
الفسخ في بعض المرهون **قال ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا النخل في الارض دونها** لان القبض
شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع وعن ابي حنيفة ان رهن الارض دون الشجر جايز
لان الشجر اسم للنابت فيكون استثنا للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البنا لان البنا اسم للمبني فيكون الارض ه
جميعها رهنا وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخيل وذلك جايز ومجاورة ه
ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل في رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة والبنا والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل
تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض سوى النخيل لان بيع الارض والنخل بدون هذه الاشيا جايز فلا
حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع من وجه
ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها او منها لا يدخل المتاع وهذه الاشيا تدخل وكذا يدخل هذه الاشيا في رهن الدار
والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا
معينا لان رهنه ابتدا يجوز فكذا بقا وان كان الباقي لا يجوز ابتدا الرهن عليه بان استحق جزا شايعا او ما هو في معنى ه
الشايع كالثمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة
حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول
وهو فيها وقع باطلا لشغلها به ولا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل الذي عليها ولا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة

مع

القاضي الولي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه عنده

الشيوع الطاري يمنع بقا الرهن في رواية الاصل

رهن الارض دون الشجر جايز عند ابي حنيفة

مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل
في رهن الدابة من غير ذكر **قال ولا الحر والمدبر وام الولد والمكاتب** لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا استيفا
من هولا لتعذر الاستحقاق فيهم للحرية فصاروا كالحر **قال ولا بالامانات وبالدرك والمبيع** اي لا يجوز الرهن بهذه
الاشيا اما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون فلا بد من مضمون يقابله لكونه استيفا لا بنفسه
فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويتحقق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها
من الرهن لتعينها حال بقايها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد الماذون له في التجارة والشفعة فان
الرهن بها لا يجوز لان العبد غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه ه
الجمهور او للقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تقرر وجوبه او سببه واما الدرك فلان الرهن استيفا ولا ه
استيفا قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البايع رد الثمن ولا بعد الاستحقاق
حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث يجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملايم
على ما عرف في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا او مضافا الى المال جايز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شي
من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفا فيكون تمليكا والتمليكات باسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض
الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين
الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال لان الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضا لان الرهن استيفا والاستيفا لا يسبق الوجوب بل يتلو فلا بد من سبق الوجوب ليكون
الاستيفا مبنيا عليه ~~ولا سنه بل يتلو ولا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفا مبنيا عليه~~ ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشرى فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمي ومن قيمة الرهن اذا سمي
قدر الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيا فهلك الرهن في يد المرتهن يعطي المرتهن للراهن ما شا لانه بالهلاك صار
مستوفيا شيا فيكون بيانه اليه كما لو اقر بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشرا حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون
بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروي
المعلى عن ابي يوسف انه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشرا واما بالمبيع فلانه مضمون
بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البايع شي والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز
بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شي لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شي **قال
والمايع بدين ولو موعودا** اي الرهن يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو ان الرهن
استيفا والاستيفا يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة
حتى لو ادعى على رجل دينا الف درهم فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسماية على الانكار فاعطاه بها رهنا يساوي خمسماية فهلك
الرهن عند المرتهن ثم تصادقا على ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسماية للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد في الجامع
وكذا لو اشترى عبدا او رهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او مستحق يجب على البايع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن
ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه احكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذي يتولى
السراير وكذا لو اشترى عبدا او شاة ذكية او خلا فرهن بثمنه ثوبا ثم ظهر ان العبد حر والشاه ميتة والخل خمر كان الرهن
مضمونا لما ذكرنا **قال وبراس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه** اي يجوز الرهن بهذه الاشيا وقال زفر لا يجوز لان
حكمه الاستيفا وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم **ولنا** انه استيثاق من الوجه

لعدم الضمان صح

حتى لو غلب على الارض المشفوعة رجل او الغراث بطل حق الشفيع

الذي بينا وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا يكون عينه امانة في يده حتى يجب نفقته حيا
وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفا لا مبادلة قال
فان هلك صار مستوفيا لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان
افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف او براس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم
فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للمسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا براس المال او ببدل
الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس
المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين اخر وجب بسبب اخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد
فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن او ابراه منه ليس
له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم
الفسخ وراس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشيء يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن ه
بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره
كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن
لانه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه كان للمشتري ان يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن ثم اذا هلك
المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا يجب على رب السلم ان يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه وياخذ
راس المال لان الرهن مضمون وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو استوفاه حقيقة
ثم تقايلا او استوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد راس المال فكذا هنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ
بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا يبطل قال وللاب ان يرهن بدين عليه عبدا لطفله اي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا
انظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي في هذا
كالاب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفا حكما فلا يملكانه كالايفا وجه الاستحسان
وهو الظاهر ان في حقيقة الايفا ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال
مع بقا ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا له به ويضمنان
ذلك القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الآلي ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين
والوصي بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال
لا يضمنان الفضل لانه امانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه
ثم اذا اخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما اوفيا دينهما بماله واصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال
الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة فياخذ البايع الثمن من المشتري
للصغير وياخذ المشتري دينه من البايع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفس البيع عندهما
ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا يقع واذا كان من اصله انه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن
وعندهما لما ملك بطريق البيع ملكه بطريق الرهن ايضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب
الثمن على المشتري واذا كان للاب او لابنه الصغير او لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع
الصغير من نفسه او من ابنه الصغير او من عبده التاجر جاز لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام
عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصي ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض والاصل ان الواحد لا يتولى طرفي العقد
في الرهن كما في البيع لكنا تركناه في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة في الرهن من ابنه الصغير

ومن عبد

ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته

حقيقة

الاب او الوصي اذا باع مال الصغير من غريمه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عند ابي حنيفة ومحمد

نزل الاب منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين

ومن عبد التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه اجنبي
عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو ان يكون
مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها او
رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفا واستيفا ولو رهن الاب متاع
الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه
بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الاب لانه مضطر اليه لحاجة
الى الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جايزين ثم حكمه في حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين
الاب وكذلك الوصي والجد ابو الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصغير فلا يكون
متعديا بذلك ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي الذي يطالب به على
ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد
ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي
بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شيء كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضي من
مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين موجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا ولو انه
غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان
له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا اذا اغتصب الاب او الوصي بغصب مال الغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما ان له ولاية الاخذ
فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له
وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذه به ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا قال ويصح رهن الحجرين
والمكيل والموزون والمراد بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشيا لامكان الاستيفا منها فكانت محلا للرهن
قال فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس
في الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته او كثرت
لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما
بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك
المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة او رداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما
ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربا فتعين ما ذكرنا وابو حنيفة يقول ان الجودة ساقطة عند
المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفا الردي بالجيد او بالعكس جائز عند التراضي به ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن
نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالب ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين فتعذر النقض وقيل هذه فريعة
ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم بالزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البنا لان محمدا فيها مع ابي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه
مع ابي يوسف وقال قاضي خان ان البنا صحيح لان عيسى بن ابان قال قول محمد اولا كقول ابي حنيفة واخرا كقول ابي يوسف ولئن كان مع ه
ابي حنيفة فالفرق له ان الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفا لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من عينه فلا بد من
نقض القبض وقد امكن بالتضمين ثم الاصل فيه عند ابي حنيفة ان العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان الوزن اصل والجودة ه
وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما في الوصايا والتصرف في اموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا يضمن

ليس له ولاية مطلق الاخذ بل على وجه الصلاح فله تصرف في مال الصغير على سبيل الصغير فيه نفع كان ما اصابه ه

بلغ

الجودة ساقط عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية عن شرح ه

المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه امانة ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن ويخرج ذلك
من ان يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن ان يفتك المنكسر بجميع الدين فعل وليس له ان يجعله بالدين لانه حكم
جاهلي والاصل عند ابي يوسف ان الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لانها متقومة حقا
للعبد ولا يجعل تبعا اذا لم يؤد الى الربا كما تعتبر في الوصية وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز
لولي الصغير ان يبيعه بمثله من جنسه وقيمته انقص منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كانها عين تنضم الى الوزن فيقدر الدين
من المجموع صار مضمونا والباقي امانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما او الربا فان ادي اليه ضمن
المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن على ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شاء افتكه
بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان كله مضمونا وان كان بعضه امانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن
بحسابه ويكون الامانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس له ان يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا
والاصل عند محمد ان الجودة والصياغة تابعة للاصل وهو الوزن ولا يعتبر في المعاملات اذا لاقت جنسها وتعتبر في المضمونات
ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته وفا بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن
وفا وفي قيمته وفا به صرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا والزايد امانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا
دينه ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما ولا الى الربا فان ادي الى احدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه ويكون رهنا
بالدين وملك المضمون كقول ابي يوسف وعند الانكسار كان مخيرا ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ما لم يؤد الى
الاضرار باحدهما او الى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ثم جنس هذه المسايل على ثلثة اقسام قسم فيما اذا كان الرهن
مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان وزنه اقل من الدين وقسم فيما اذا كان وزنه اكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك
الرهن والى حالة انكسار والقسم الاول ينقسم الى ثلثة اقسام اما ان يكون القيمة مثل الوزن او اقل او اكثر وينقسم كل
قسم من الاخيرين على خمسة اقسام على ما نبين فصار الكل ستة وعشرين قسما القسم الاول وهو قلب فضة وزنه عشرة
وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا للوزن ولعدم الضرر باحد وان انكسر فعندهما افتكه بجميع الدين
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه وجعله رهنا مكانه وملك المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع
الدين وان شاء جعله بالدين وان كانت قيمته اقل من وزنه فهلك فعند ابي حنيفة يصير مستوفيا لدينه اعتبارا للوزن وعندهما
يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا لان في استيفائه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف جنسه
وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين بالاتفاق اما عندهما فظاهر
واما عند محمد لان المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته اكثر من وزنه فهلك صار مستوفيا دينه بالاجماع
اعتبارا للوزن عنده وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون الى الوزن عند محمد وعند ابي يوسف وان كان يصرف الضمان
والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا بقدر المضمون منهما والباقي منهما امانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف
جنسه عند ابي حنيفة لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه
بجميع الدين وعند ابي يوسف يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقي امانة حتى اذا كان يساوي خمسة عشر والمسئلة بحالها
ضمن ثلثيه وهو عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين امانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء
افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين وعند محمد ان شاء جعله بالدين كما في حالة الهلاك وان شاء افتكه بجميع الدين
والقسم الثاني وهو ما اذا كان وزنه اكثر من الدين بان رهن بعشرة قلبا وزنه ثمانية مثلا فهو على خمسة اوجه اما
ان يكون قيمته مثل وزنه ثمانية او اقل او اكثر من وزنه واقل من الدين تسعة او مثل الدين عشرة او اكثر من الدين خمسة عشر
فعند الهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر وزنه في الوجوه كلها عند ابي حنيفة فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين

على الراهن

على الراهن لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون
ربا فيكون الضمان رهنا ويملك المرتهن المنكسر لان العبرة للوزن عنده على ما بينا ووزنه جميعه مضمون فيضمن قيمته
بالغة ما بلغت ولو بلغت الوفا وان شاء افتكه بالدين كله ولا شيء له عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته
مثل وزنه فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان انكسر خير الراهن بين
التضمين والانفكاك عند ابي يوسف وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الانفكاك وان كانت قيمته اقل من وزنه
فعند الهلاك يضمن قيمته ويكون رهنا عنده ولا يجعل بالدين لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب
قدر قيمته يلزم الربا الا اذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان المنع لحقه وان انكسر خير الراهن بين ان يفتكه
بجميع الدين وبين ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه او من جنسه رديا ويكون رهنا عنده وليس له ان يجعله بالدين عند محمد
لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك الا برضي المرتهن وان كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين تسعة فعنده
الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه او من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا
عنده لانه لو ذهب من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا فتعين ما ذكر وان انكسر خير
الراهن بين الانفكاك وبين تضمين المرتهن ثم يكون الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما بينا
من مذهبهما وان كانت قيمته اكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم المرتهن ثلثه عند ابي يوسف ورجع بدينه ويملكه المرتهن
وثلثه على ملك الراهن يفصل ويكون رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين وكذا ان انكسر عنده لما بينا
وعند محمد ان هلك ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا عنده وان انكسر ينظر ان نقص بالانكسار قدر الزيادة
على الدين فلا ضمان على المرتهن لان الزايد امانة عنده على ما بينا من اصله وان كان النقصان اكثر من الزايد على الدين خير الراهن
بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث
وهو ما اذا كان وزنه اكثر من الدين بان رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم فهو على خمسة اوجه اما ان
كانت قيمته مثل وزنه او اكثر من وزنه او اقل من وزنه واكثر من الدين او مثل الدين او اقل من الدين فان هلك ذهب
بالدين ثلثاه مضمونا وثلثه امانة عند ابي حنيفة رحمه الله كيف ما كانت قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك الا الوزن وان
انكسر فهو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين في الصور كلها وان شاء ضمنه ثلثي قيمته بالغا ما بلغ لانه لا يعتبر الا الوزن
فان كان وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا ويملك المرتهن قدر ما ضمن من
الرهن وهو الثلثان والثلث امانة يبقي على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع وعندهما
ان كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه امانة وثلثاه مضمونا وان انكسر فعند ابي يوسف
خير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه ثلثي قيمته ويكون رهنا مع الباقي على الوجه الذي ذكرنا لابي حنيفة
وعند محمد ان شاء جعل ثلثيه بالدين واخذ ثلثه وان شاء افتكه بجميع الدين لما عرف من اصله وان كانت قيمته اكثر من وزنه
عشرين فان هلك ذهب بالدين مضمونا وامانة وان انكسر فعند ابي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه قدر
الدين والباقي امانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل لما بينا ويملك المرتهن المضمون وعند محمد ان نقص بالانكسار قدر
الزايد على الوزن او اقل لا يعتبر النقصان لان الامانة تصرف اليه عنده فيجبر على الفكاك وان زاد النقصان على
ذلك حتى صارت قيمته اقل من وزنه خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه بالدين واخذ الثلث وان شاء افتكه بالدين وليس
له ان يضمنه لما عرف من مذهبه وان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين اثني عشر فان هلك يضمن المرتهن قدر
الدين وهو خمسة اسداس قيمة القلب لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفا بالدين وزيادة
والمضمون من الرهن عشرة والباقي امانة وان انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة اجزاء من اثني عشر جزءا منه لان المضمون

منه خمسة اسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لانها معتبرة عندهما ان كانت قيمته مثل الدين ان هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفيا باعتبار الوزن او القيمة وقال في المحيط ضمن المرتهن بتخيير لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن لا وفاء بالقيمة بمقدار المضمون من الرهن وهي عشرة لان قيمة العشرة من الرهن اقل من عشرة الدين فيتخير ان شاء جعله هالكا بما فيه وان شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وان كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية ان هلك ضمن قيمته ورجع بدينه لان القيمة لها عبرة مع الوزن عندهما وان وجد الوفا في الوزن لم يوجد في القيمة فيتخير وله ان يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف قال ومن باع عبدا على ان يرهن المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر وللبايع فسخ البيع الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او قيمة الرهن رهنا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باعه شيئا على ان يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة في صفقة وهو منهي عنه وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلايم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل اعتبرنا فيه المعنى وهو الملايمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غايبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس او نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر اي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير ان البايع بالخيار ان شا رضي بترك الرهن وان شا فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال وان قال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فهو رهن وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة الا يرى انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال له بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشتري او لم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم والجمد وابطا المشتري وخاف البايع عليه التلف جاز للبايع ان يبيعه ووسع للمشتري ان يشتريه ويتصدق البايع بالزايد ان باعه باكثر من الثمن لان فيه شبهة قال ولو رهن عبدين بالف لا ياخذ احدهما بقضا حصته كالمبيع لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفا فصار كالمبيع في يد البايع وهو المراد بقوله كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا تتفرق التسمية كالبيع وفي الزيادات له ان يقبض احدهما اذا ادى ما سمي له لان التفريق ثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في احدهما لا يكون شرطا لصحة العقد في الاخر حتى اذا قبل في احدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في احدهما دون الاخر بطل البيع في الكل لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما ان العادة قد جرت بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك

الرهن

العبرة في العقود للمعاني

المسع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه

تهاتر البينتين في حالة الحياة وقبولها بعد الوفاة

الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح قال ولو رهن عينا عند رجلين صح سواء كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شايعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزي فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا ان الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزائه فكذا هنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة لان العين ينقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فتثبت الشيوع ضرورة فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر هذا اذا كان مما لا يتجزى فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند ابي حنيفة خلافا لهما واصل المسالة الوديعة فيما اذا اودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الاخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما قال والمضمون على كل حصة دينه لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الاخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزي قال فان قضى دين احدهما فالكل رهن عند الاخر لان كله محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له استرداد شي منه ما دام شي من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا ادى احد المشترين حصته او مشتريه واحد ادى حصة بعض المبيع واذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار هو نظير البايع وهما نظير المشترين قال ويبطل بينة كل واحد منهما على رجل انه رهنه عبده وقبضه معناه ان رجلا في يده عبد فاقام رجلان بينة انه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يودي الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يودي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر وهو ان كل واحد منهما يثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا يثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز وبخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما نبين من الفرق فاذا وقع باطلا فاذا هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه فيه احد وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امراة او شرا عين من واحد قال ولو مات راهنه والعبد في ايديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشايع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشايع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امراة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تتهاتران في حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لان حكمها في حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعبد في ايديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن في ايديهما واثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد في المسالة الاولى والله اعلم

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال ووضعا الرهن على يد عدل صح وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه

[illegible]

بلغ مقابلة على خط مولفه

اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك في الحفظ لكون العين
امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه لان كلا منهما اس فصار
يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما ان ياخذ منه على الخصوص ولو كانت يده يد احدهما على الخصوص كان له ان يسترده منه ويجوز ان يجعل
اليد الواحدة في حكم يدين الا يرى ان الساعي يده جعلت كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة في يده اجزاته ولو قدم الزكاة
قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب بما في يد الساعي كانه في يد المالك فيجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كانه
في يد المالك لم يتم به النصاب ولو لم يجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان
ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق
البايع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث تكون يده يد البايع بحسب لان في جعله نايبا عن المشتري تغيير موجب العقد
فان موجب عقد البيع ان تكون يد البايع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنايب عن المشتري بوجه ما وبعد
قبض المشتري كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البايع بوجه ما بل هي يد المشتري في حق العين والمالية فاذا كان في جعله نايبا
عنهما تغيير حكم البيع اعتبرنا نايبا عن البايع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه امانة في يده بل في يد المرتهن ايضا والمالية
فيه هي المضمونة وهي حق المرتهن فامكن ان يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير موجبه قال ولا ياخذ احدهما
منه اي من يد العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن في الاستيفا فلا يملك كل واحد
منهما ابطال حق الاخر قال ويهلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل
الرهن الى احدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى
الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما واتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل ان يجعل القيمة
رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن ياخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده او
عند غيره برفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برايهما او براي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى
الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل ياخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره او عنده
لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك
واحد ولو اخذ الراهن لاجتمعا في ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة من العدل ان كانت
عنده او عند غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قايمة اخذها ممن هو في يده اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا جمع
فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية او على وجه
الوديعة وهلكت في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن رجع عليه لان العدل باداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين انه اعار
او اودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي وكذا اذا دفعه اليه بحقه بان قال له خذ بحقك او احبسه بدينك
لانه دفع اليه على وجه الضمان قال فان وكل المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه عند حلول الدين جاز لان الراهن مالك له
فله ان يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق
حق المالك وبالتسليط على بيعه اسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو امر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يبيع
عند ابي حنيفة وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال وهو يقول ان الامر وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جايزا قال
فان شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله ولا بموت الراهن والمرتهن لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه
وحقا من حقوقه الا يرى انها لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة
بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق

الورثة

الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما
عرف في موضعه وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها فيما ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف
الوكالة المفردة ومنها ان هذه يتبع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس
الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطا فدفع القاتل بالجناية كان لعدل الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة
وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان اجنبيا منه بالنسبة الى الوكالة وهو اذا عزله الموكل لا ينعزل فبغيبته اولى
ان لا ينعزل قال وللوكيل بيعه بغيبة ورثة الراهن كما كان له حال حياته ان يبيعه بغير حضرته قال وتبطل بموت
الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف انه ان
اوصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملك الوصي كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما انه
لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في حق عليه فوجب القول
ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فتقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل في حياته فجاز
ان تقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد
موته ولو اوصى الى رجل ببيعه لم يبع الا اذا كان مشروطا له في الوكالة فيصح لازم بوصفه قال ولا يبيعه الراهن والمرتهن
الا برضى الاخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما الراهن فيملكه فلا بد من رضاه واما المرتهن فلانه احق بماليته من الراهن فلا يقدر
الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وغاب الراهن اجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب
اذا غاب موكله اجبر عليها لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من اوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق
بالبيع وفي الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان في الامتناع فيهما ابطال حقهما
بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه اما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغايب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه
وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على
اصل ابي حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضا الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف ساير المواضع وقيل
لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع مال المديون عنده لقضا الدين ثم اجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار
وقع على قضا الدين باي طريق شا حتى لو قضاه بغيره صح واما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق ومثله لا يكون مكرها فلا يفسد
اختياره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرطاها بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من اوصاف الرهن
فكانت مفردة كساير الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا اصح حتى يروى عن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد في
انه يجبر على البيع نصا وذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين ان يكون الوكالة مشروطة
في عقد الرهن او لم يكن مشروطة فيه يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من ان يكون رهنا والثمن قايم مقامه فيكون رهنا
مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توي كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه
مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم
ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه
قال وان باعه العدل واوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته او المرتهن ثمنه
ولكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شا ضمن الراهن لانه غاصب
في حقه بالاخذ والتسليم وان شا ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضا
لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو البايع نفذ
البيع ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه

على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه صح

من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شا العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن اخذ بغير حق لان العدل ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذ من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري اليه ليسلم له المبيع ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبري الراهن عن الدين وان شا العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا عليه رده ونقض قبضه ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع به عليه اذا قبض ولم يقبض منه شي فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي (القابض) بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي وهذا يويد قول من لا يري جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الايمة السرخسي هو ظاهر الرواية لان رضى المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستانفا لا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة الا ان فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يري جبر هذا الوكيل اصح لاطلاق محمد رحمه الله في الجامع الصغير والاصل على ما بينا فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الاحكام هنالك قال

وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه والاصل فيه ان العبد المرهون اذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شا ضمن الراهن وان شا ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاوه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتدا قلنا هذا المعنى ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه ان المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك العين ولان الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن اولا يملكه باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما في التوكيل بالشرا كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد بالقبض لانه بعد صار غاصبا فيستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعد عقد الرهن سابق عليه فتبين انه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسلة الاولي وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتدا لانه يضمنه باعتبار القبض على الراهن فيستند الملك اليه فيتبين انه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه او قضا دينه وعن ابي يوسف انه ينفذ لانه تصرف في ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته لرضاه او بقضا الراهن دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به

وعدم القدرة على تسليمه وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه او اوصي له به او للغير باكثر من الثلث والقياس على الاعتاق غير جاير لانه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن ابي يوسف ان المرتهن ان شرط ان يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وانه مال اخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا اجر الراهن فاجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح ان الثمن قايم مقام ما تعلق به حقه ومحل الحق لان حقه متعلق بالمالية وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المدين اذا بيع برضي الغرما ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضي بالبيع لا يدل على الرضي بسقوط الحق راسا فيبقي الحق على حاله بخلاف ما ذكر فان الاجرة ليست ببدل حقه لان حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وبخلاف ما اذا باع المالك العين المستاجرة فاجاز المستاجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل العين وحقه في المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر ها هنا اشارة اليه حيث قال يوقف على اجازة مرتهنه او قضا دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضا الدين وهذا دليل على ان فسخه لا ينفذ ووجهه ان الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا ثم المشتري بالخيار ان شا صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال وان شا رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري والبايع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شا صبر حتى يرجع وان شا رفع الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع الموجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من اخر قبل ان يجيز المرتهن فالثاني يوقف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فايهما اجاز لزم ذلك وبطل الاخر ولو باعه الراهن ثم اجر او رهنه او وهبه من غيره واجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق ان المرتهن له منفعة في البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بينا وقد يكون احد البيعين انفع من الاخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفايدة به اما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة لما بينا ولا بدل له في الرهن والهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع الموجر العين المستاجرة من اثنين على التعاقب فاجاز المستاجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا نفع له في البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فكانت اجازته اسقاطا لحقه فينفذ الاول لزوال المانع قال ونفذ عتقه اي نفذ اعتاق الراهن وهو احد اقوال الشافعي وفي قول له لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفي قول اخر له لا ينفذ اعتاقه سوا كان المعتق موسرا او معسرا لان فيه تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل اولي لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان اولي بالامتناع بخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة يبقي مدتها اذ الحر يقبلها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما اذا كان المعتق موسرا على تلك الرواية لانه لا يبطل حقه في التضمين ولنا ان العتق صدر من اهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المبيع قبل القبض او الابق او المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن في الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بنا عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولي لان ملك الرقبة اقوي من ملك اليد فاذا لم يمنع الاعلي فالادني اولي ان لا يمنع ولا يصح القياس على البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط في التعليق ولان القياس تعدية حكم الاصل الى الفرع دون تغييره وحكم الاصل هنا توقف ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه وهو في الفرع يبطل اصلا ما لا يحتمل الفسخ ولا الرد فيفسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد الموصي برقبته اذا لم يكن له مال اخر مع انه اعتق ملكه لانا نقول يعتق عند ابي يوسف ومحمد في الحال وعند ابي حنيفة يوخر الى ادا السعاية على ما عرف في اعتاق

لو باع الراهن من رجل ثم باعه من اخر قبل ان يجيز المرتهن

قوله جاز البيع الاول عبارة الهداية واول تزام نفاذ الاول

لانا نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار انه كالخارج عن ملكه م

العبد المشترك فلم يكن انا قد لغوا وهو هنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل ان المولى اذا اتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كانه خرج عن ملكه بل باعتبار انه اتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى تتلف عبد الماذون له المدين فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقا ملكه فيه من كل وجه ولهذا ينفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب باعتبار انه مندوب الى التجارة كالعبد الماذون له لا لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك قال وطولب بدينه لو حالا اي اذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معنا اذا كان موسرا لانه لو طولب بالرهن كان له ان ياخذه بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ابتغا واستيفا فلا فايدة فيه قال ولو موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه اي لو كان الدين موجلا يوخذ من المعتق قيمة العبد ويجعل رهنا مكان العبد يعني اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق وفي التضمين فايدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه فيحبسها الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل رده لانه نما حكم الرهن بالاستيفا وان كان اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه قال ولو معسرا سعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بعد ه العتق كما في عتق احد الشريكين العبد المشترك اذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضي بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف لجنسه فيقضي به الدين وان كان الدين موجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين تقضي به الدين على نحو ما ذكرنا في الحال وكيفية ذلك ان ينظر قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى في الاقل منها قال ثم يرجع به على سيده اي يرجع العبد بالسعاية على مولاه اذا ايسر لانه قضى وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه فصار كمعير الرهن بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يودي ضمانا واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند ابي حنيفة ولتكميله عندهما وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا لان حق المرتهن في استيفا الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصل الرقبة للعبد ولم يقدر على اخذ بدلها من الراهن ضمنها العبد كالمريض اذا اعتق عبده في مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد في قيمته كذا هذا ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك ادنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلى في الحالين اظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع اذا اعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى للبايع في الرواية الظاهرة وفي المرهون يسعى لان حق البايع في الحبس ضعيف لان البايع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذا يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حيث يمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقرار بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حالة يملك التعليق فيه باد السعاية لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبر الراهن صح بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع ولكن الولد استولدها صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت حق الملك كما في جارية الابن فبحقيقة الملك اولى ثم اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفا الدين منهما ثم ان كان الراهن موسرا ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرنا في الاعتاق وان كان معسرا استسعاها المرتهن في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحتبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان على المولى بما اديا بعد يساره لانهما اديا من ملك المولى والمعتق يرجع لانه ادى من ملك نفسه

وهو

اقول ليس استشكاله بشي فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره ويعتبر قيمته يوم القبض لانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فالهلاك يتقرر الضمان ولا كان المعتبر قيمته يوم القبض الخاتم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لاجل الانتقاد تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا فاما ولا تاثير في سقوطها شي اصلا وهذا مع ظهوره في عبارة الهداية وغيرها لم يخف على مثل ذلك الفاضل المشتهر في شرح الهداية المشتهر بقاضي زاده

وهو مضطر فيه على ما مر وقيل اذا كان موجلا يسعيان في قيمتها فقط لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض الا ترى ان الراهن بنفسه اذا كان موسرا لا يضمن فيها اذا كان موجلا اكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين لان كسبهما ملك للمولى وقد قدر على ادا الدين بكسبهما واذا كان قادرا على ادائه بالاحرار بقضائه كله منه فكذا اذا قدر بكسبهما ولو اعتقها الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سوا اعتقها بعد القضاء عليهما او قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما ادياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى ولو اقر على عبد بدين الاستهلاك وهو ينكر سعى في قيمته مذ عتق لانه لا ولاية له على ما يثبته فيصير بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة درهم ثم دفع به ثم اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول قال واتلاف الراهن كاعتاقه اي اذا اتلف الراهن الرهن فهو كما لو اعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا في يد المرتهن لقيامه مقام العين قال وان اتلفه اجنبي فالمرتهن خصمه في تضمينه ويكون رهنا عنده اي المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفا الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين موجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر موجبا ان لا يسقط بمقابلته شي من الدين قال وخرج من ضمانه باعارته من راهنه اي باعارة المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان له الاسترداد باذنه قال فلو هلك في يد الراهن هلك مجانا لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بينا قال وبرجوعه عاد ضمانه اي برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن ان يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل ان يسترده كان المرتهن احق به من بين ساير غرمايه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه الا يرى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال ولو اعار احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط الضمان لما بينا قال ولكل ان يرده رهنا لان لكل واحد منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقا عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل ان يرهنه ثانيا كان المرتهن اسوة الغرما لان الرهن تعلق به حق محترم لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من احدهما باذن الاخر كالاعارة لانه غير لازم كالعارية والرهن كالاجارة لانه لازم وبيع المرتهن الرهن واجارته وهبته من الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا يلزم في حقه لان ملكه باق فيه فيبطل به هذه العقود ولو اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال او اعارة للعمل فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك بالدين لبقا عقد الرهن واليد والضمان وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك في حالة العمل هلك امانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الراهن فانتفى

الضمان ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه منكر والبينة بينة
الراهن لانه مدعي قال وان استعار ثوبا ليرهنه صح لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالشرع باثبات ملك
العين واليد وهو قضا الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل في حق البايع زوالا
لان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا كان او كثيرا اذا اطلق ولم يقيده بشي لان الاطلاق يجب
اعتباره خصوصا في العارية لان الجهالة فيها غير مفسدة لكونها لا تفضي الى المنازعة قال ولو عين قدرا او جنسا
او بلدا فخالف ضمن المعير المستعير او المرتهن اي لو عين المعير قدرا يرهنه به او جنسه او البلد الذي يرهنه فيه
فخالف كان للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب
والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي
النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون
متعديا فيضمن الا اذا عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه
من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسير ادائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفا لم يقع الا به فتعيينه اكثر من
قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر ادائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر
بعض الاجناس في التحصيل دون البعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن
المستعير تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن يرجع
المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق قال وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا
ووجب مثله للمعير على المستعير لان قبض الرهن قبض استيفا وبالهلاك يتم الاستيفا فسقط الدين عن الراهن فيضمن
للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي امانة وهذا الظاهر وكذا
لو نقصت قيمة الرهن بعيب اصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال ولو افتكه
المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه لان المعير غير متبرع بقضا الدين لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن فصار
اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في
تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ثم يرجع المعير على الراهن بما ادى لما ذكرنا انه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر
في النهاية انه اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع بالزايد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص
الرهن لا يحصل الا بقضا بعض الدين فكان مضطرا او باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقا الاضطرار
وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف
في موضعه ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا دينه
به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا في ذلك كان القول قول الراهن لانه ينكر الايفا بماله والرجوع عليه
باعتبار الايفا عنه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعي فسخه فوجب ان يكون
القول للمعير لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفا به ولهذا ينعقد ويتقرر ولو كان الرهن يوجبه لفسخ
حكمه ولو اختلفا في مقدار ما امر بالرهن به كان القول للمعير لانه لو انكر الاصل كان القول له وكذا في انكار الوصف ولو رهنه
المستعير بدين موعود فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض وقيمته والمسمى سوا ضمن قدر الموعود لما عرف انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفايه من المرتهن كسلامة براة ذمته عنه ولو كانت العارية
عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان
شاء ضمن المعير قيمته لان حقه قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق فيكون القيمة رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرد

الى المعير

الاطلاق يجب اعتباره خصوصا في العارية

لو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه

الى المعير لان القيمة قايمة مقام العين فاخذت حكم العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال
لم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه به ورد على الراهن ما قبضه لحصول الاستيفا بالرهن وضمن الراهن قدر ما صار
به موفيا دينه لانه لما رهنه ازال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن
ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا انه عاد الى حكم الرهن ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن ايضا
لما ذكرنا انه امين وحكمه حكم الوديعة عند الاحكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملا للمالك ليحصل
مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فاذا تعدى لا يبرا عن الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة
المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرا المستعير اذا ازال التعدي كالوديعة واستدل عليه بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه فلا
يبقى حجة له على ذلك التقدير ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا برضى المعير لانه ملكه ولو اراد المعير البيع وابى
المرتهن من بيعه بيع بغير رضاه اذا كان به وفا لان حقه في الاستيفا وقد حصل وان لم يكن فيه وفا لم يبع الا برضاه لان له في
الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفا او تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه ولو مات المعير مفلسا
وعليه دين امر الراهن بقضا دين نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته
اخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرما المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفا بيع والا فلا يباع الا برضى المرتهن
كما مر لما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرما المعير لا يباع الا برضاهم وان كان يفي بيع بغير رضاهم لوصول حقهم
اليهم وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير قال وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم
فيجب عليه ضمان ما اتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال
يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا اتلفته الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الاول
ولهذا يمنع المريض من التبرع باكثر من الثلث ثم المرتهن ياخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان موجلا
يحبسه بالدين فاذا حل اخذ بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه قال وجنايته عليهما وعلى
مالهما هدر اي جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر اطلق الجواب والمراد به جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه
فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص اما للمرتهن فظاهر لانه اجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه
الا من حيث المالية الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جايز والاقرار بما يوجب المال
على عكسه فاذا لم يكن في ملكه من ذلك الوجه صار اجنبيا عنه فافاد الوجوب عليه بخلاف ما يوجب المال لان المالية ملك للمولى
ومستحق للمرتهن فلا فايدة في اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند
ابي حنيفة لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكسب على الغاصب فكانت جنايته على غير مالكه
فاعتبرت هذه وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الادمي بلا خلاف
بين اصحابنا لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الادمي في النفس خطا او فيما دونها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا
ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان في اعتبارها فايدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة
فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك غير انها سقطت لعدم الفايدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذه
افادة ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد ودما يكون نفعا الدين انفع له فيختار ايهما شاء ثم
اذا اختار اخذه وابقاه الراهن على ذلك ابطال الرهن لسقوط الدين بهلاكه لان دفعه بالجناية فوجب هلاكه على الراهن فيسقط
به الدين ولو ان الموجني على الاجنبي فدفع بها سقط الدين وان لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابي حنيفة ان هذه الجناية لو
اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا
الاختلاف نظير الاختلاف في العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكرنا من الفوايد غير طاهر

لو اراد المعير البيع وابى المرتهن يباع بغير رضاه اذا كان به وفاء

العبد الموصى بخدمته اذا اتلفته الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الاول

لان اخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك لان المجني عليه لا يستبد باخذه وقد لا يختار هو الدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفدا عليه بالمنع وفي رواية عن ابي حنيفة اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ان جنايته على المرتهن معتبرة تحسابها لان الزايد امانة فصار كجناية العبد المودع ولو جني الرهن علي ابن الراهن او علي ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع بها او يفدي وان كانت علي المال يباع كما اذا جني علي الاجنبي اذهو اجنبي لتباين الاملاك قال وان رهن عبدا يساوي الفا بالف موجل فرجعت قيمته الي ماية فقتله رجل وغرم ماية وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضا بحقه ولا يرجع على الراهن بشي واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له ان يطالب بجميع الدين عند رده ناقصا بالسعر خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك معتبر في البيع اذا حصل في المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفا اذ اليد يد الاستيفا واذا لم يسقط شي من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لان الجابر بقدر الفايت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولي استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشي لان يد المرتهن يد استيفا من الابتدا وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتدا الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتدا او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا للالف بماية لانه يودي الي الربا فيصير مستوفيا بماية ويبقى تسع ماية في العين فاذا هلكت تصير مستوفيا لتسعماية بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يودي الي الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسلة الاولي لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بماية يودي الي الربا فجعلناه مستوفيا للتسعماية بالعبد الهالك وهو المقتول والماية بالماية قال ولو باعه بماية بامر قبض المائة قضا من حقه ورجع بتسعماية اي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي الفا بماية بامر الراهن وكان رهنا بالف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضا لحقه ورجع على الراهن بتسعماية لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفي فكذا هنا قال وان قتله عبد قيمته ماية فدفع به افتكه بكل الدين وهو الالف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا سلم العبد المدفوع الي المرتهن بدينه ولا شي عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بماية لان يد المرتهن يد استيفا وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قايم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قايما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وهي على الخلاف ولمحمد ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة كل واحد منهما الفا وقتل كل واحد منهما عبد قيمته ماية فان كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ القاتل ولا شي له غيره وان شا فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الراهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب يملكه باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي ماية ثم قتله عبد يساوي ماية فدفع به واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطا فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدي طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشي من الفدا لان الجناية حصلت في ضمانه ولو ابي المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده لان الملك له وايهما فعل سقط دين المرتهن به لان العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفدا لانه كالحاصل له بعوض بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن ابتدا بالدفع او الفدا لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شي

جعل الرهن بالدين حكم جاهلي منسوخ

من الدين

استهلاك العبد الرهون مالا يستغرق رقبته

من الدين كما لو هلك ابتدا فان فداه فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان اداه المرتهن فدينه بنفسه على حاله كما في الفدا وان ابي قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يودي عنه فان ادي بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفدا وان لم يود وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولي لان حقه مقدم على حق المولي وكذا على حق المرتهن لانه قايم مقام المولي في المالية ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية ايضا لان ولي الجناية قايم مقام مقام المولي في ملك العين فان فضل شي من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعني هو في ضمانه فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الي ما بعد العتق ثم اذا ادي العبد بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان كله مضمونا وان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين وقد جنا العبد جناية قيل لهما افدياه او ادفعاه بها لان البعض مضمون والبعض امانة والفدا في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما له التخليص بالفدا ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار الفدا فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي ايهما كان اما اذا كان هو المرتهن فلانه ليس في الفدا الذي يختار ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفدا متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعا على ما روي عن ابي حنيفة بخلاف ما اذا كان غايبا لانه تعذر خطابه والمرتهن يحتاج الي اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة ولا يكون متبرعا وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدا ملك غيره بغير امره فصار كالاجنبي فاما اذا كان المختار للفدا هو الراهن ولان المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره ولان في الدفع الذي يختاره المرتهن تفويت حق الراهن في العين من غير فايدة تحصل له لان حقه لسقط بالدفع كما يسقط بفدا الرهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم دفع او فدي لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فدي صار كانه حصله بالفدا فلم يجعل الراهن في الفدا متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفدا مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقي لان الفدا في حصة الامانة كان عليه وفي حصة المضمون كان على المرتهن فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفي بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما بينا وعن زفر عن ابي حنيفة على عكسه بان الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفدا وان كان غايبا كان متطوعا فيه ووجهه ان المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ويقدر على الدفع ولا يتمكن من اخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن ولا حاجة الي الفدا فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا واما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع او الفدا فلا يتوصل المرتهن الي استدامة يده الا بالفدا فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن وصاحب العلو اذا بنا السفل ثم بني عليه علوه وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي كان له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله في الفدا غرض صحيح من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك قال وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضي الدين لان الوصي قايم مقام الموصي ولو كان الموصي حيا كان له ان يبيع الرهن فكذا لوصيه قال فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه وفعل ذلك الي القاضي لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم

وقد تعين النظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصي
بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه ايثار لبعض الغرما بالايفا الحكمي فاشبه الايثار بالايفا
الحقيقي والجامع ما في كل واحد منهما من ابطال حق غيره من الغرما الا ترى ان الميت بنفسه لا يملك ذلك في مرض موته فكذا
من قام مقامه وان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفا
الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفا فيملكه
وله ان يبيعه ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا لو ارتهن الوصي ومات قام الوصي مقامه الا انه لا يبيعه لان الوكالة
تبطل بموته **فصــــل رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة**
لان ما يكون محلا للبيع بقا يكون محلا للرهن بقا كان ما يكون محلا للبيع ابتدا يكون محلا للرهن ابتدا والخمر محل للبيع بقا الا يرى
ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا ان المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا
يكون محلا للرهن بقا وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة
فيها وزوال المفسد وقوله ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير الى ان المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك
بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوطه
شي من الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الفايت فيه مجرد الوصف وفوات شي من الوصف
في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شي من الدين باجماع بين اصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شي من القدر سقط بقدره
من الدين والا فلا **قال وان رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم** لان
الرهن يتقرر بالهلاك واذا احيي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا واما الرهن فمتقرر بالهلاك ومن
المشايخ من يقول يعود البيع وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته
يوميذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بان تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة
فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد وهذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها امانة بان كانت قيمتها اكثر من الدين يكون
الجلد ايضا بعضه امانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشي لا قيمة له وان دبغه بشي له
قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشي له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا
ادى الراهن ما زاد الدباغ فيه اخذه وليس له ان يحبسه بالدين لانه لما حدث الدين الثاني وصار به محبوسا حكما خرج من ان
يكون رهنا بالاول حكما فصار كما اذا رهنه حقيقة بان رهن الرهن بدين اخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا
بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لان الشي انما يبطل بما هو فوقه او مثله ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف اذا باعه ثانيا منه
باقل او باكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لانه دونه والرهن بالثاني هنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية
التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف دايما تبع للاصل فالرهن الاول مما هو اصل
بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني ويثبت الثاني ايضا لان سببه
قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن فامكن القول ببطلانهما ولو ابق العبد الرهن وجعل
بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر لا يعود بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب
يعود بعد الضمان فانه يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي
على ما بينا وانما يقع بقبضه الاستيفا من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر انه لم يتم فيبقى محبوسا بالدين والدليل
على انه لا يملك به العين ان كفنه على الراهن بخلاف المغصوب **قال ونما الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف**

للراهن

للراهن لانه متولد من ملكه **قال وهو رهن مع الاصل** لانه تبع له والرهن حق متاكد لازم فسري الى الولد الا يرى
ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه لان فيها غير
متاكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفدا وبخلاف ولد المستاجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستاجر حقه
في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق ثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب اثبات اليد
العادية بازالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية تجري في الاوصاف
الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال ولا يكون
تبعا لها وبعده لا ينقلب موجبا ايضا بعد ان انعقد غير موجب **قال ويهلك مجانا** اي اذا هلك النما يهلك مجانا بغير
شي لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها **قال وان هلك
الاصل وبقي فك بحصته** اي اذا هلك الرهن وبقي النما يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والبيع
اذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت
الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري ان ياخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شي من الثمن **قال
ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النما بحصته** لان الولد
صار له حصة بالفكاك والام دخلت في الضمان من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد
بعد هلاك امه قبل الفكاك هلك بغير شي فيعلم بذلك انه لا يقابله شي من الدين الا عند الفكاك ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل
زوايد الرهن بان قال له مهما زاد فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شي من الدين لانه اتلفه باذن المالك وهذه اباحة
والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة
التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة
تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كان الراهن اخذه واتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة
من الدين فتبقى حصته هكذا ذكر في الهداية والكافي ووقف وفي قاضي خان والمحيط وعزاه الى الجامع **قال
وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين** معناه لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة الزيادة في الرهن ظاهر وهو ان
يزيد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول واما صورة الزيادة في الدين فهو ان يزيد دينا على الدين
الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جايز وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال
زفر والشافعي لا تجوز الزيادة في الرهن ايضا لانه يودي الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثاني من ان يكون له حصة من
الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من ان يكون رهنا او مضمونا وذلك شايع والشيوع مفسد للرهن ولابي يوسف ان
الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد
للحاجة وامكان الالحاق فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة
في الدين تثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض شايع
فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في
الدين لا في الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن الا يرى انه لو رهن شيا بخمسماية من الف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في
الدين يمنع لما جاز والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوبه سابق
على الراهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع او في المعقود به كالثمن لا في غيرهما
لانه ليس باحد البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لا تصح ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة
واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضا الدين الاول جايز اجماعا ثم اذا

بلغ مقابلة على خط المولف

فوات شي من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شي من الدين

الرهن يتقرر بالهلاك

كيفية تقويم الجلد

الشي انما يبطل بما هو فوقه او مثله ولا يبطل بما هو دونه

لو ابق العبد الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين

الحكم

صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة تقديرية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الجيدة الاول يوم قبضه لان
كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا
وقيمة كل واحد منهما الف والدين الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذي زيد
عليه لانه جعله زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك فما اصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه وعلى
العبد الزيادة لما ذكرنا وقيل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة
لان الولد اذا هلك خرج من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة وكذا لو هلكت الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير
شي لانه تبع فيا خذ حكمه ولو كانت الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما
اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما اصاب الام ذهب وسقط وما اصاب الولد افتك به الراهن لان الزيادة دخلت
على الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة اولا ثم ما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقا الولد الى الفكاك ولو هلك
الولد بعد هلاكها قبل الفكاك او هلك هو وحده دونها ذهب بغير شي لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك فصار
كانه لم يكن اصلا فبقي حصة الام كلها عليها يذهب بهلاكها وحصة الزيادة ايضا يذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن
هي الام وحدها وزاد العبد عليها فايهما هلك هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته قال ومن رهن عبدا بالف
فدفع عبدا اخر رهنا مكان الاول وقيمة كل الف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى
يجعله مكان الاول لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رده الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل
يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد المرهون يد استيفا وضمان فلا ينوب عنه كمن له على
اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد فاخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف
ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض
الامانة لان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرا المرتهن الراهن
عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شي استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين
او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابرا والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه
فيصير غاصبا بالمنع وكذا ان ارتهنت المراة بصداقها رهنا فابراته او وهبته له او اختلعت عليه او ارتدت والعياذ بالله
قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شي لسقوط الدين ولو استوفى المرتهن الدين بايفا الراهن او بايفا متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين او المتطوع بخلاف الابرا
ووجه الفرق ان الابرا يسقط به الدين اصلا وبالاستيفا لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون القبض
مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا ومعناه ان دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفايدة في مطالبة كل واحد
منهما صاحبه لان كل استيفا يوجد يعقب مطالبة مثله فيودي الى الدور فترك الطلب لعدم الفايدة فاما الدين نفسه
فثابت في ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفا الاول وهو الاستيفا بقبض الرهن وينتقض الاستيفا
الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عن الدين على عين وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين
على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين لانه في معنى البراة بطريق الادا لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل
ما كان له على المحتال عليه او مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادقا على ان لا
دين ثم هلك الرهن هلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابرا وقال في الكافي
ذكر شمس الايمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن

احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين

لان الدين

لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلاك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فيصير مستوفيا واما اذا تصادقا
على ان لا دين والرهن قايم ثم هلك فيهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين
وذكر الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل
دفع مهر غيره تطوعا فطلقت المراة قبل الوطي رجع المتطوع بنصف ما ادى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه
ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما ادى وقال زفر يرجع الزوج والمشتري بذلك على القابض لان المتطوع ادى عنهما
فصار كاداهما باذنهما قلنا انه اذا اتقى بامرهما رجع عليهما بما ادى فملكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فبقي على ملك المتطوع
والله اعلم بالصواب

كتاب الجنايات

وهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شي اكتسبه
تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل واصله من جني الثمر وهو اخذه من الشجر وهي في الشرع
اسم لفعل محرم سوا كان في مال او نفس لكن في عرف الفقها يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والاطراف ثم
القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد به بيان قتل يتعلق
به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما نبينه ان شا الله تعالى هذا تقسيم الشيخ
ابي بكر الرازي رحمه الله وذكر محمد في الاصل انه ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا قال موجب القتل عمدا وهو
ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزا كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم والقود عينا اي
القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعينا اما اشتراط العمدية فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها
ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث واما اشتراطه السلاح او ما جرى مجرى
السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا مقامه
تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والالة
القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بمعد له فلا قتل حتى لو ضربه بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة
حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي في شبه العمد وذكر قاضي خان ان الجرح لا يشترط في
الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس ونحوه في ظاهر الرواية واما وجوب الماثم فلقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه
جهنم الاية وقال عليه السلام سباب المومن فسق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امري
مسلم وعليه اجماع الامة واما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية في القتل خطا بقوله ومن قتل مومنا خطا فتحرير
رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وقال عليه السلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة ولا يشرع الا اذا
تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطا فيه شبهة العمد ولا يوجب العقوبة المتناهية قال الا ان يعفى اي
يجب القصاص عينا الا ان يعفو الاوليا فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شي ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب
المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه ان الواجب هو
القود عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضى القاتل لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين
اما ان يقتل واما ان يودي وقال عليه السلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له منا النبي قتيل فاهله بين خيرتين بين
ان ياخذوا العقل وبين ان يقتلوا وهذا نص على التخيير ولان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد منهما نوع جبر فيتخير
في تعيين الواجب كالكفارات وفي العدول الى المال بعد الوجوب كالمثلي المنقطع فلا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا
للهلاك وهو باشتاعه متعنت ومتلف نفسه في الهلكة فيجبر عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فانه
يتعرض له شرعا والادمي قد يضمن بالمال كما في الخطا ولنا ما تلونا وما روينا والمراد به القتل العمد على ما بينا ولان الف

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

اي الجرح لا يشترط بالحديد وما اشبه الحديد في ظاهر الرواية

عن هذا على الرواية الا في اعتبار الطالب ... في الحال

الكفارة دايرة بين العبادة والعقوبة ولابد من ان يكون سببها ايضا دايرا بين الحظر والاباحة

واللام في قوله عليه السلام العمد قود للجنس لعدم العهد فيقتضي ان جنس العمد موجب للقود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى اشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الادمي صورة ومعنى اذ الادمي خلق مكرما ليتحمل التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له في حوايجه فلا يصلح جابرا وقايما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه تحصل منفعة الاحيا بكونه زاجرا لا باخذ المال فتعين موجبا لا المال ولهذا يضاف ما وجب من المال من قتل العمد الى الصلح لا الى قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا للمال لما اضافه الى الصلح ولا يعارض بقوله لا تعقل العاقلة عمدا لان المراد به ما لا يمكن القصاص فيه من الجراحات بما دون النفس وبالصلح ما يمكن في النفس وغيرها وبه يستقيم والمراد بما روي والله اعلم ثبوت الخيار للولي عند اعطا القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضى الاخر في غير الواجب وهو كما يقال للداين خذ بدينك ان شيت دراهم وان شيت دنانير وان شيت عروضا ومعلوم انه لا ياخذ غير حقه الا برضى المدين وهذا شايع في الكلام الا ترى الى قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلكه او راس مالك اي لا تاخذ الا سلكه عند المضي في العقد ولا تاخذ الا راس مالك عند التفاسخ فخيره ومعلوم انه لا ياخذ راس ماله الا برضى الاخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد بالحديث ذلك واحتمله لا يبقى حجة له والذي يدل على ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان القصاص في بني اسرايل ولم تكن الدية فقال عز وجل هذه الاية كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من اخيه شي والعفو ان يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كان كتب على من كان قبلكم فاخبر ان بني اسرايل لم يكن فيهم دية اي كان ذلك حراما عليهم اخذه عوضا عن الدم او يتركون حتى يسفكوا الدما فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الاية وبه النبي صلى الله عليه وسلم على عظم الجمعة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين ان يقتص او يعفو او ياخذ الدية التي ابيحت لهذه الامة وجعل لهم اخذها اذا اعطوها وعن انس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه السلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا لخير اذ من وجب له احد الشيين على الخيار لا يحكم له باحدهما معينا وانما يحكم له بان يختار ايهما شا والذي يحققه ان الولي لو عفى عن القصاص قبل اختيار القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختيار اذ العفو عن الشي قبل وجوبه باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه الى المال بدون رضاه لانه معاوضة ولا يجبر احد على المعاوضة كما في ساير الحقوق ولهذا لو ترك الولي القصاص بمال اخر غير الدية كالدار ونحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احيا نفسه ولا نسلم ان المضطر الذي ذكره يجبر على الشرا حيث يدخل على ملكه من غير رضاه وانما نقول ياثم اذا ترك الشرا مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا ايضا ياثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله والادمي قد يضمن بالمال كما في الخطا قلنا وجوب الضمان في الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار انه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير اليه لصون الدم ولولا ذلك لتخاطا كثير من الناس اي تجاوز وادى الى التفاني لان النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطي كما في المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب القصاص لا ينافي وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضى الجاني الا ترى ان رجلا لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع شلا فالمقطوع يده بالخيار ان شا اخذ الارش وان شا قطع يده الشلا وكذا لو عفى احد الاوليا بطل حق الباقين في القصاص ووجب لهم الدية ولو انه وجب الجناية لما وجب بغير رضاه لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفا حقهم كلا وكلا لامتناع القدرة على الاستيفا فلا يلزمنا قال ولا الكفارة اي لا يجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعي يجب اعتبارا بالخطا بل اولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان الكفارة داير بين العبادة والعقوبة ولا بد من ان يكون سببها ايضا دايرا بين الحظر والاباحة لتتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا يناط به كساير الكباير

كانه [illegible]

القصاص نهاية في العقوبة فلا تجب مع الشك

ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا اليما

مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن ان يقال يرتفع المائم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى ذلك كان محكما منه بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاوه جهنم الاية كل موجب اذ هو مذكور في سياق الجزا للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا فلا يجوز بالراي قال وشبه العمد وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر وموجبه الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود اي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر اي بغير ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الالة كالحجر والعصا وكل شي ليس له حد يفرق الاجزا وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبه قال الشافعي وانما سمي هذا النوع شبهة عمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطا باعتبار القتل ثم ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال الة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التاديب او اتلاف العضو لا القتل فكان شبهة عمد ولا يتقاصر باستعمال الة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود الا ترى انه عليه السلام رضخ بين حجرين راس يهودي رضخ راس صبي بين حجرين وكذا قتل المراة التي قتلت امراة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولابي حنيفة قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة ماية من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبير والكلام في مثلها ولان قصد القتل امر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الالة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فتقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغير وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الالة المحددة لا تختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يستوي بين الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا فكان في قصد القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما رووه من رض اليهودي يحتمل انه عليه السلام علم ان اليهودي كان قاطع الطريق اذا قتل بسوط او عصا او غير باي شي كان يقتل به حدا ويحتمل انه جعل كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جايز ان يلحق به على ما بينا في قطاع الطريق واما حديث المراة فقال عبيد بن نضيلة عن المغيرة بن شعبة ان امراتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي اغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك يطل فقال اسجع كسجع الاعراب وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من اجل سجعه فعلم بذلك ان ما رووه غير صحيح والذي يدلك على ذلك ان الراوي لذلك حمل بن مالك على زعمهم فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين بنتي امراتي فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وان تقتل بها هكذا رووه قال ابن المسيب وابو سلمة عن ابي هريرة اقتتلت امراتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبد او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور ان يصح عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند ابي حنيفة بين ان تموت بضربة واحدة وبين ان يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما في الموالاة وقال الشافعي يصير عمدا بها فوجب القصاص ولو القاه من جبل او سطح او غرقه في الما او خنقه حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان اثما بشبه العمد لانه ارتكب محرم دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطا من وجه فيدخل تحت النص

المذكور هنا

البئر بمعنى [illegible]

فان قاطع الطريق صح

لا فرق عند ابي حنيفة بين ان تموت بضربة واحدة وبين ان يوالي عليه ضربات حتى مات

لو القاه على جبل او سطح او غرقه في الما او خنقه حتى مات

مورد قول النبي صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره

وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ~~فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة~~ ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله النساء

على الخطاء وذكر صاحب النهاية ان صاحب الايضاح قال في الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد على قول ابي حنيفة رحمه الله فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان نقول انه آثم اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب لانها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب واما وجوب الدية به فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك لانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطاء وهذا اوجبها عمر في ثلاث سنين ويتعلق به حرمان الميراث كالخطاء بل اولى لانه جزاء الفعل وهو اولى بالجازات لوجود القصد منه الى الفعل وحاصله انه كالخطاء الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما بين من بعد ان شاء الله تعالى قال والخطاء وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم او غرضا فاصاب آدميا او ما جرى مجراه كنائم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة اي موجب قتل الخطاء وموجب ما جرى مجرى الخطاء الكفارة والدية على العاقلة وقوله وهو ان يرمي شخصا الى آخره تفسير لنفس الخطاء فانه على نوعين خطاء في القصد وخطاء في الفعل وقد بين النوعين فقوله وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطاء في القصد لانه لم يخطئ في الفعل حيث اصاب ما قصد رميه وانما اخطأ في القصد اي في الظن حيث ظن المسلم حربيا والآدمي صيدا وقوله او غرضا فاصاب آدميا اي او رمى غرضا فاصاب آدميا وهذا بيان للخطاء في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف المحل فحلا ما لو تعمد الضرب موضعا من جسده فاصاب موضعا آخر منه حيث يجب القصاص لان المحل لم يختلف لوجود قصد القتل منه والقتل اذ جميع البدن منه محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطاء نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب وبالجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطاء على الانفراد كما ذكرنا وعلى الاجتماع بان رمى آدميا يظنه صيدا فاصاب عينا من الناس وقوله كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطاء لان هذا ليس بخطاء حقيقة لعدم قصد النائم الى شيء حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطاء لانه معذور كالمخطئ وانما كان حكم المخطئ ما ذكر لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه في ثلث سنين بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز نذكره في الديات ان شاء الله تعالى وبهذا النوع من القتل لا يأثم اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط ان لا يؤذي احدا فاذا اذى احدا فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لانها ستارة ولا ستر بدون الاثم قال رحمه الله والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة اي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة اما وجوب الدية فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه فيجب فيه الدية صيانة للانفس فيكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطاء فيكون معذورا فيجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطاء بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه قال والكل يوجب حرمان الارث الا هذا اي كل نوع من انواع القتل الذي تقدم ذكره من عمد وشبه عمد او خطاء يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي رحمه الله هو ملحق بالخطاء في احكامه قال وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها لان ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا والذي يدلك على هذا ما روي عن انس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر أتكسر ثنية الربيع قال والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره وجه دلالته على ما نحن فيه انا علمنا ان اللطمة لو اتت على النفس لا توجب القصاص

ورأيناها

العصمة بالدين عند الشافعي وبالدار عندنا

وجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة

ورأيناها فيما دون النفس قد اوجبته بحكمه عليه السلام فثبت بذلك ان ما كان في النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد باب ما يوجب القود وما لا يوجبه قال رحمه الله يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا لما بينا وشرط ان يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لينتفي شبهة الاباحة عنه لان القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد قال رحمه الله ويقتل الحر بالحر وبالعبد وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية امارة القدرة والمملوكية امارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولا مساواة بينهما ولان الحرية حياة والرق موت حكما الا يرى انه ينسب الى معتقه بالولاء حتى يرثه لانه احياه به ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع ان الطرف اهون واقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلان لا يجب في النفس وهي اعظم حرمة اولى بخلاف العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمنع كما في المسلم والمستأمن ولان الرق اثر الكفر فيوجب شبهة الاباحة لحقيقة الكفر فصار كالمستأمن ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولا يعارض بما تلي لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على ان مقابلة الحر بالحر لا ينافي مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي الا يرى انه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس ايضا وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحر والامة وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بين بني النضير وبني قريظة مقاتلة وكانت بنو قريظة اقل منهم عددا وكان بنو النضير اشرف عندهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فانزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام للتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما يستويان في العصمة اذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار انه آدمي ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على اصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذا يجن ويموت ويبقى اثر الكفر حكما فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو اورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين اطراف العبد والحر الا في العصمة فاظهرنا اثر الرق فيما دون النفس لما ان العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما قال رحمه الله والمسلم بالذمي وقال الشافعي لا يقتل به لما روي الشعبي عن جحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وان لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر يوجب النقصان والكافر كالميت قال الله تعالى او من كان

لا يتصور فيما دون النفس شبه عمد

لا تقطع اطراف الحر باطراف العبد بالاتفاق

اي اذا قتل مستأمن مسلما

لا تقطع الصحيحة بالشلاء

تقتل الصحيح بالزمن والمفلوج

الكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة الحراب

اعتبار حالة البقاء بالابتداء تعظيما لامر الدم

المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام

ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمي ذميا ثم اسلم القاتل حيث يقتل
به لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح للقتل في الجملة فاورث شبهة كالملك مبيح للوطي في الجملة
ثم هو يورث شبهة في الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطيها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب وما روينا من السنة فانه
باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن السلماني ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل من
المسلمين قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به فضرب عنقه فقال انا اولى من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة
في العصمة على ما بينا في العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن
من اقامة ما كلف به الا بدفع اسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محرم التعرض ولا نسلم ان الكفر مبيح بنفسه بل هو
بواسطة الحراب الا يرى ان من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان
معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن
وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وذلك بان تكون معصومة بلا شبهة
كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن ولان
المال تبع للنفس وامر المال اهون من النفس فلما قطع بسرقته كان اولى ان يقتل بقتله لان امر النفس اعظم من المال الا يرى
ان العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدل على ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا ثم اسلم القاتل
قبل ان يقتل قتل به بالاجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا ان المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام الوجوب لان
حالة البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لامر الدم الا يرى ان مسلما لو جرح مسلما فارتد المجروح والعياذ بالله
تعالى ثم مات من الجرح سقط القصاص وبعكسه لو جرح مرتدا ثم اسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه
السلام لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده اي بكافر حربي ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل
مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي لان الذمي اذا قتل ذميا قتل به فعلم ان المراد به الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي ولا يقال
معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا اي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين احدهما ان ذو عهد مفرده
وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو وقتل
زيد بعمرو وخالد اي كلاهما قام او قتل ولا يجوز ان يقدر له خبرا اخر والثاني ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق
الكلام الاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك البتة في المفرد ولا يقال
معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذي عهد اي لا يقتل بكافر حربي ولا بذمي لانا نقول لو اريد ذلك المعنى كان لحنا اذ لا يجوز
عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه افصح العرب ولا يقال روي ذي عهد
بالجر في بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك هو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى
يشاركه في الحكم ومثله جائز قال الله تعالى وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين بالجر للمجاورة وان لم يشاركه في الحكم فحملناه
عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر الحربي والدليل عليه ان عبد الرحمن بن ابي بكر
الصديق رضي الله عنهما قال حين قتل عمر مررت على ابي لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بغتهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له
راسان يمسكه في وسطه فانطلق عبيد الله بن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان فلما
خرج اليه قال انطلق حتى تنظر الى فرس لي ثم تاخر عنه حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد مس السيف قال
لا اله الا الله وقال عبيد الله ثم دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الي علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق
عبيد الله فقتل ابنة ابي لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان دعا المهاجرين والانصار فقال اشيروا علي في قتل هذا الرجل
الذي فتق في الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون فيه على كلمة واحدة يامرونه بالشدة عليه ويحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص لعثمان

قد عفاك

لا يقتل المستأمن بالمستأمن

قد عفاك الله من ان يكون بعد ما بويعت وانما كان ذلك قبل ان يكون لك على الناس سلطان فاعرض عنه وتفرق الناس عن خطبة
عمرو بن العاص والهرمزان وجفينة كانا كافرين واشار المهاجرون على قتل عبيد الله بهما فمحال ان يريد النبي صلى
الله عليه وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون على قتل عبيد الله بالذمي وعلي فيهم وهو الراوي لهذا الحديث
فثبت بذلك ان المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان اراد قتله ببنت ابي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان لانا نقول لو اراد
ذلك لبينه انه يقتله بها لا بهما لان الناس كانوا يقولون بين يديه ابعدهما الله فمحال ان لا يبين ذلك مع هذا القول من
الناس بين يديه فثبت بهذا ان المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله
تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة اي في الفوز ويدل عليه قوله تعالى اصحاب الجنة هم الفائزون ولا يلزم
منه عدم الاستواء في العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له الا ترى الى قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير ان المنفي
الاستواء في البصر والعمى لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر
بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كساير الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق والانوثة ولا نسلم ان الكفر مبيح للقتل
بل الحراب هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك في الاخت من الرضاع فانه مبيح للوطي وانما امتنع في الاخت
المذكورة لعارض فاورث شبهة قال ولا يقتلان بمستأمن اي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بامان لان دمه
غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصد الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن
قياسا لوجود المساواة ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن
وناقص الاطراف وبالمجنون يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر اذ لا يصح عطفه على
ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي
المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهر التغالب والتفاني قال والولد
بالوالد لما تلونا وروينا من العمومات لما ذكرنا من المعاني قال ولا يقتل الرجل بالولد لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده
ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة
بسبب ولده لانه تسبب لاحيائه فمن المحال ان يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف المشركين مقاتلا او زانيا
وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافة ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنيابته قال
والام والجد والجدة كالاب سواء كان من جهة الاب او من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت
الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال انه قصد تاديبه وان ذبحه
ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل بل جناية الاب اغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنا بابنته حيث يحد
كمن زنا بالاجنبية والحجة عليه ما روينا وما بينا وليس هذا كالزنا بابنته لان الاب لوفور شفقته يجتنب ما يغيض الولد بل
يتحمل الضرر منه حتى يسلم الولد فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم انه يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على
ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية الا ترى ان السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان لكل ان
يترخص برخصة المسافرين ولا تتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا قال وبعبده ومدبره
ومكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له لا اذا قتله غيره ولا يجوز ان يجب له
على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض لاجل انه ملكه
البعض سقط في الكل لعدم التجزي قال وان ورث قصاصا على ابيه سقط لما ذكرنا ان الابن لا يستوجب العقوبة على
ابيه وصورة المسألة فيما اذا قتل الاب اخا امراته ثم ماتت امراته قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على
ابيه فيسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امراته ليس لابنها منه ان يقتله فيسقط القصاص قال وانما يقتص بالسيف

لا يقتل المستأمن بالمستأمن استحسانا

المساواة في العصمة المعتبرة في هذا الباب

من زنا بابنته يحد

وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل في مثل تلك المدة ان قتله بفعل مشروع ثم ان مات بذلك فيها وان لم يمت جز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة ولهذا يسمي قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواطة وسقي الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويسقي الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات والا جز رقبته لانه امكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تجز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لانه مشروع الا يرى ان الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيوف ونحوه واستدل على ذلك بما روي عن انس ان يهوديا رض راس صبي بين حجرين فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرض راسه بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص الذي يبني على المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثوري باسناده عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف لانه يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على ان الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما لا يتخلف عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهي موهومة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه السلام ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يحسنوا القتلة وان يريحوا ما احل الله ذبحه من الانعام فما ظنك في الادمي المحترم المكرم ولان جابرا رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيفاء معنى لانه يجب القطع برئ او سرى فلما ثبت الاستيفاء ينتظر ما تؤول اليه الجناية علم ان المعتبر هو ما تؤول اليه الجناية ان سرت صارت قتلا ولا يعتبر الطرف معه فيستوفى القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطأ فانه يستأني ولا يقضى بشيء في الحال ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا لها فبهذا ينكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما ان يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة او يكون اليهودي ساعيا في الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام فيكون اردع وهذا هو الظاهر ولان قصد اليهودي كان اخذ المال الا يرى الى ما يروى في الخبر عن انس ابن مالك انه قال عدا يهودي على جارية فاخذ اوضاحا كانت عليها الحديث وهذا شان قطاع الطريق وهذا يقتل باي شيء شاء الامام ويؤيد هذا المعنى ما روي انه عليه السلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روى ابو قلابة عن انس ان رجلا من اليهود رضخ راس جارية على حلي لها فامر به النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل وايضا انه ما قتل الا بقول الجارية انه قتلني وبمثله لا يجب القصاص فعلم بذلك انه كان مشهورا بالسعي في الارض بالفساد والمراد بالاية نفي الزيادة من جهة على ما روي عن ابن عباس وابي هريرة رضي الله عنهم انه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة وهي ايضا منسوخة قال **ومكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه سيده فقط او لم يترك وفاء وله وارث يقتص** اما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما وعند محمد لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف على التقديرين لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط اصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب ولهما ان المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم ايضا متحد معلوم فلا يفضي اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدرى بايهما حكم فلا يثبت الحل بدون تعين السبب واما الثاني وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر انه قتل عبدا محضا فيكون

القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزا لان الاختلاف في انه معتق كله او بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فاورث ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وقوله او لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث ايضا الحكم كذلك لموته رقيقا او ذكر ذلك لينبه على انه لا فرق بين ان يكون له وارث او لم يكن بخلاف المسألة الاولى قال **وان ترك وفاء ووارثا لا** اي لا يقتص وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقصاص للمولى قال **وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن** لان المرتهن لا يليه لما فيه من ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن ان يتصرف تصرفا يؤدي الى بطلان حق الغير وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا لاشتباه فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا ولاية فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري ان اجاز البيع لانه المالك وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر انه المالك وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف هو كذلك ان اجاز البيع لما بينا وان فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق قال **ولاب المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه** اي اذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل قصاصا وله ان يصالح على مال وليس له ان يعفو اما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار فكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ والعم واما الصلح فلانه انفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الاولى وهذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح على اقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة واما العفو فلانه ابطال حقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا الا في القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اذ لم يستثن الا القود في النفس وذكر في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء وجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير ان المقصود من الصلح المال والولي يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضي بمنزلة الاب فيه في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا اولى له والصبي كالمعتوه فيه لما عرف في موضعه وقد بينا ذلك كله في اثناء الكلام قال رحمه الله **والقاضي كالاب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه** قال **وللكبار القود قبل كبر الصغار** يعني اذا كان القصاص مشتركا بين الكبار والصغار بان قتل لهم ولي جاز للكبار ان يقتلوا القاتل قبل ان تبلغ الصغار وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفي ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غائب او كان بين المولين واحدهما صغير بخلاف ما اذا عفى الكبير حيث يصح وان بطل بذلك حقه في القصاص لان بطلانه بعوض فيجعل كلا بطلان ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان عبد الرحمن ابن ملجم حين قتل عليا رضي الله عنه قتل به وقد كان في اولاد علي رضي الله عنه صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزى لان سببه وهو القرابة لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح ولهذا لو استوفاه بعض

[هامش: والسلاح لا يلبث — حده قطعه وبابه رد من باب الاسماع]

الاولياء الضمن شيا للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن كالاجنبي وكذا للباقين وكذا للصغار في مسئلتنا بخلاف ما اذا كان معهم كبير غايب
لانه انما لا يستوفيه بعضهم فيه مع غيبة شريك الكبير لاحتمال العفو من الغايب وفي الصغير احتمال العفو منقطع في الحال
فافترقا وبخلاف ما اذا كان بين المولييين واحدهما صغير لان السبب فيه الملك او الولاية وهو غير متكامل وفي مسئلتنا
القرابة وهي متكاملة ولهذا لا يزوج احد المولييين الامة المشتركة بينهما او المعتقة لهما وفي القرابة يزوج فيجعل كل واحد
منهم كانه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير وليا للصغير بمنزلة التصرف في ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل ان
يبلغ الصغير باجماع اصحابنا سوا كانت الولاية لهما بالملك او بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف في المال كالاخ
والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير اجنبيا عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفا بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعي لا يملك
الكبير الاستيفا في الكل قال وان قتله بمر يقتص ان اصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق اذا اصابه بحد الحديدة
من غير خلاف وان اصابه بظهرها او بالعود او الخنق او التغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في اول الكتاب وقد ذكرنا الدلايل
من الجانبين هناك فلا نعيده قال ومن جرح رجلا عمدا وصار ذا فراش ومات يقتص لان الجرح سبب ظاهر لموته
فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة او البرء منه قال وان مات بفعل نفسه وزيد واسد وحية ضمن
زيد ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس اخر لكونه هدرا في الدنيا
معتبرا في الاخرة حتى ياثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر من وجه
دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا تجب الدية
عليه في ماله والا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه قال ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شي بقتله لقوله
عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه لان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يكن دفعه الا به ولا يجب
على القاتل شي لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا شهر على رجل سلاحا فقتله او قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شي لما بينا ولا
يختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار في المصر وخارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا او نهارا
خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر وقيل اذا كان عصا
لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما فيجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف قال ومن شهر على رجل سلاحا
ليلا او نهارا في مصر او غيره او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شي عليه لما بينا من المنقول
والمعقول قال وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به لان العصا تلبث والغوث غير منقطع
في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده وعندهما يحتمل ان يكون على الخلاف
المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه قال وان شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله
بان قال له اقتلني والا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تاثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب
عليه الضمان وكذا هذا فصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ولابي يوسف ان فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا اذا
اتلفا مالا او نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لانه غير معتبر اصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان العجماء جبار وكذا
عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد اذا صال على المحرم
او صيد الحرم على الحلال لان الشارع صلوات الله عليه اذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل اذاه الا يرى انه في الخمس الفواسق اباح قتلها
مطلقا لتوهم الاذى منها فما ظنك عند تحقق الاذى ومالك الدابة لم ياذن فيجب الضمان به وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور
فيسقط به عصمته ولنا ان الفعل من هذه الاشيا غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا

لا يجب

[هامش: لا يزوج احد المولين الامة المشتركة بينهما او المعتقة لهما]
[هامش: اذا شهر على رجل سلاحا فقتله او قتله غيره دفعا عنه لا يجب بقتله شي]

[هامش: قوله عليه السلام قاتل دون مالك معناه لاجل مالك]

لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فاذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا
معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله
الاخر قتل القاتل معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب
الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه
كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعاد
عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص قال ومن دخل عليه غيره ليلا
فاخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شي عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك اي لاجل مالك ولان له ان يمنعه بالقتل
ابتدا فكذا له ان يسترده به انتهاء اذا لم يقدر على اخذه منه الا به ولو علم انه ان صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب
القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على
دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضي فلا يسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح

باب القصاص فيما دون النفس

قال رحمه الله يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع اكبر وكذا الرجل
ومارن الانف والاذن والعين اذا ذهب ضوؤها وهي قائمة وان قلعها لا والسن وان تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها
المماثلة لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبي عن المماثلة فكل ما امكن رعاية
المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد امكن في هذه الاشيا التي ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت في
المنفعة ويمكن رعاية المماثلة في العين اذا ضربت وذهب ضوؤها وهي قائمة بان تحمى لها المراة ويجعل على وجهه قطن رطب
ويشد عينه الاخرى ثم يقرب المراة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه
الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فقال علي يجب القصاص فبين امكان الاستيفا بالطريق الذي
ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو حتى اجري القصاص في الكل باستيفا الكل واعتبر في الشجة في الراس
اذا كانت استوعبت راس المشجوج وهي لا تستوعب راس الشاج فاثبت للمشجوج الخيار ان شا اخذ الارش وان شا اقتص
واخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين اكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه اكثر شينا من الشجة
التي لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص
لوجود المساواة فيه من كل وجه قال ولا قصاص في عظم لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود ه
لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث وموضع صاحب الكتاب ولان القصاص ينبي عن المساواة وقد تعذر اعتبارها
في غير السن واختلف الاطبا في السن هل هو عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام
الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين ساير العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن ه
لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم وكذا في الحديث لم يستثنه ولين قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين ساير العظام ان المساواة
فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع سنه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه
فربما يفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن كذا ذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة والمبسوط قال
ولا في طرفي رجل وامراة وحر وعبد وعبدين اي لا قصاص في الطرف بين رجل وامراة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين وقال
الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر بقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للالحاق
بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الطرف والا فلا ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها
وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرفي الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد
ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة وان تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص

[هامش: المغصوب منه اذا قتل الغاصب يجب عليه القصاص]
[هامش: اختلف الاطبا في السن هل هو عظم او طرف عصب يابس]

بخلاف طرفي الحرين ان استوائهما متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه
قال وطرف الكافر والمسلم سيان اي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي لا يجري لما ذكرنا
من اصله قال وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برأ منها ولسان وذكر الا ان يقطع الحشفة اي لا قصاص في هذه
الاشيا لعدم امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجائفة البرء
نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فيكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن
اعتبار المماثلة فيها الا ان تقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصلها يجب
القصاص لامكان اعتبار المماثلة والحجة عليه ما بينا ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر او بعض اللسان لا يجب القصاص بجهالة
مقداره بخلاف ما اذا قطع كل الاذن او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة اذا استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال وخير بين الارش
والقود ان كان القاطع اشل او ناقص الاصابع او كان رأس الشاج اكبر اما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلا او ناقصة
الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفا حقه بكماله متعذر فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع وبين ان
ياخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا رديا فانه يتخير بين ان ياخذ الموجود ناقصا
وبين ان يعدل الى القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان لانه قدر على استيفا
البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا ان الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالردي
مكان الجيد ولو سقطت يد المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شي له عليه لان حقه متعين في القصاص عندنا الا ان له
العدول عنه الى المال وحقه ثابت فيه قبل اختيار المال كما اذا كانت صحيحة فاذا فات المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود او
بسرقة حيث يجب عليه ارش اليد وقال الشافعي يجب الارش في الموضعين لان وجوب المال عنده اصلي كالقود فاذا تعذر
استيفا القود تعين المال ولنا ان القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص في النفس غير
انه اذا قطعت يده بقصاص او سرقة فقد اوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيغرم للاول بخلاف النفس اذا وجب
على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست في معنى المال فلم تسلم له واما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر
بان كانت الشجة استوعبت بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب بين قرني الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة
فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفا ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفا قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين
مثل ما يلحق المشجوج فيتخير كما في الشلا والصحيحة ثم لو اختار القود يبدأ من اي الجانبين شا لان حقه في ذلك المحل فكان له ان يفعل
في عكسه وهو ما اذا كان رأس المشجوج اكبر تخير ايضا لتعذر الاستيفا كاملا لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت
الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهة احدهما الى قفاه ولا تاخذ الى قفا الاخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي عن علي
الرازي الكبير انه له الاقتصاص ولا خيار له لان في القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر
وجواب القصاص في الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت في الصغر والكبر وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت
بالصغر والكبر فافترقا فصل قال رحمه الله وان صولح على مال وجب حالا وسقط
القود اي اذا صولح القاتل على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شي الاية قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الاية في الصلح وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين
خيرتين بين ان ياخذوا المال وبين ان يقتلوا والمراد والله اعلم اخذ المال برضى القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجري فيه
العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولي واحيا القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق
الله تعالى ولا يجري فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سوا لانه ليس فيه شي مقدر فيفوض الى اصطلاحهما

كالخلع

طرف الكافر والمسلم سيان

لا قصاص في الذكر الا ان يقطع من الحشفة

اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا رديا

كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطا حيث لا يجوز باكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون
اخذ الاكثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد
وانما سقط القود لانه موجب العقد ولانه لم يرض ببدل المال الا متلبسا به فيتوفر عليه مقصوده قال ويتنصف
ان امر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على الف ففعل معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر القاتل ومولى
العبد القاتل رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل المامور فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو
عليهما على السوا فينقسم بدله عليهما على السوا لان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فينتصف موجبه وهو الالف
قال فان صالح احد الاوليا من حظه على عوض او عفى فلمن بقي حظه من الدية لان كل واحد منهم متمكن من التصرف في
نصيبه استيفا واسقاطا بالعفو او بالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فسقط به حقه في القصاص
ومن ضرورته سقوط حق الباقين ايضا فيه لانه لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو قتل رجلين
فعفى اوليا احدهما حيث يكون لاوليا الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما
لا يسقط الاخر الا ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا ابقا بخلاف ما نحن فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر
استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في الخطا فان سقوط القصاص
فيه لمعنى في القاتل وهو كونه مخطئا ولا يجب للعافي شي لانه اسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه
لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم في ذلك سوا وقال مالك والشافعي لا حق للزوجين في القصاص ولا في
الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لان
سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد الا ترى ان الوصي لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود في القصاص
التشفي والانتقام وذلك لا يختص به الاقارب الذين ينتصر بعضهم ببعض ولهذا لا يكون احدهما عاقلة الاخر لعدم التناصر ولنا
قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وامر عليه السلام بتوريث
امراة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن
كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت كساير الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث
مستندا الى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على احرز الميراث والدية حكمها حكم ساير الاموال ولهذا
لو اوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كساير امواله ولهذا لو انقلب مالا تقضى ديونه
وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد الا ترى انه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية
وبهذا يتبين ان الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث للقصاص الا ترى
ان الصغير والنساء من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية واقرب منه ان المراة لا يعقل عنها ابناؤها الكبار ويرثونها وقال
الشافعي لا حظ للنساء من الاقارب في استيفا القصاص ولهن حق العفو لان المراة ليست من اهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة
الاصلية ولا يوضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل في حق الاستيفا كالصغير والحجة عليه ما بيناه وقوله انها ليست من اهل
القتل قلنا انها ان لم تقدر توكل فانها من اهل التوكيل قال ويقتل الجمع بالفرد والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه
لاجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي ان سبعة من اهل صنعا قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعا
لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم
جميعا تحقيقا لمعنى الاحيا ولولا ذلك للزم سد باب القصاص وفتح باب التفاني اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاومه
فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزاجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا
يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح

الاصل في دين وجب بالعقد كالثمن والمهر الحلول

لو قتل رجلين فعفى اوليا احدهما كان لاوليا الاخر قتله

الصغير والنساء من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية

الواو في قوله لا تعقل العمد

قال والفرد بالجمع اكتفا اي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفي بذلك وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضي بالدية لمن بعده في تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا ولم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انا تركناه بما ذكرنا على ما بينا ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل وان الواجب في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا القصاص ولولا ان التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون احد الشيئين مثلا للاخر ان يكون الاخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على انه مثل له اذ هو لا يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم او يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة فان الثاني لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص قال فان حضر ولي منهم قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل اي اذا حضر وليا واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق اولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف انفه لفوات محل الاستيفاء فصارت كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الواجب عنده احدهما على ما بينا فاذا مات احدهما تعين الاخر كمن قال لامرأتيه احدكما طالق او قال لعبديه احدكما حر فمات احدهما تعين الاخر لفوات المحل قال ولا تقطع يدا رجلين بيد معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعي تقطع ايديهما والمفروض اذا اخذا سكينا واحدا من جانب وامراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد منهما من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف تعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة من العيوب يقتل بالمفلوج والمسلول وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزى فاضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزى الا يرى انه يمكن ان يقطع البعض ويترك الباقي وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو امر احدهما السكين على قفاه والاخر على حلقه حتى التقيا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا في القطع لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد ونقول ثبت وجوب القصاص في النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها قال وضمنا ديتها اي ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد قال وان قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية يعني اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة او على التعاقب وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان يد صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثاني بالقطع فصار كما اذا رهن شيئا من انسان ثم رهنه من اخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش للاخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما اولى بها من الاخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتاخر كالغريمين في التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمتنع بالاول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت في المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك المقطوع يده فانه

يديه

لم يثبت حقه في المحل وانما يثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضي الى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما في القصاص في النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشيء ولو كان حقه ثابتا فيها لطالبه به كالمرتهن فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثاني فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضي لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم قال وان حضر واحد تقطع يده له وللاخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي حقه ولا يجب عليه التاخير حتى يحضر الاخر لثبوت حقه بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم اذا حضر الاخر بعد ما قطعت للاخر وطلب يقضى له بالدية لان يده اوفي بها حقا مستحقا عليه فيضمنها لسلامتها له ولو قضي بالقصاص بينهما ثم عفى احدهما قبل استيفاء الدية فللاخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضي بالقضاء اثبت الشركة فيها فعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفى احدهما لم يتمكن الاخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص بذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها اجنبي او سقطت بافة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا يسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء اخذ الارش لما ذكرنا قال وان اقر عبد بقتل عمد يقتص به وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطا او بالمال ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقي على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية الا يرى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد او الاستسعا وكذا الاقرار بالقتل خطا لان موجبه دفع العبد او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه او ماذونا له في التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا قال وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى اخر يقتص للاول وللثاني الدية لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا وهو الخطا في الفعل فكانه رمى الى حربي واصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بالامرين لو عمدين او مختلفين او خطائين تخلل بينهما برء او لا الا في خطائين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب مائة سوط فبرا من تسعين ومات من عشرة معنى هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين او احدهما عمدا والاخر خطا او كانا خطائين وتخلل بينهما برء الا في خطائين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة فحاصله ان الكل لا يتداخل الا الخطائين لانهما متماثلان فتجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان اما الاول وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول ابي حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل حدا ولا يقطع بل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطائين وهذا لان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدي الى الحرج فيجمع تيسيرا الا ان لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطا او يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن ان يجعل الثاني تتميما للاول فيعتبر على حياله وامكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كانا من شخص واحد

فقطع الاولياء يده ثم قتلوه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون ه
القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفا القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى تكون باستيفائهما
وبالاكتفا بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيتخير الولي بخلاف ما اذا مات من
السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى
ان عشرة لو قتلوا واحدا خطا يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء
الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولان ارش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لانه
حينئذ يجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات
كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس اما القطع والقتل فقصاصان وامكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقتل
لاتحاد الفعل واما الثاني وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان احدهما خطا والاخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطاين وتخلل بينهما برؤ
فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطي لكل فعل حكم نفسه وقوله
الا في خطاين لم يتخلل بينهما برؤ فتجب فيه دية واحدة هذا اخراج عن قوله اخذ بالامرين اي لمن جني فعله الا في هذه الصورة فانهما
يتداخلان ولا يوخذ الا بالقتل فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في اثنا البحث وقوله كمن ضربه ماية سوط فبرأ من
تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه دية واحدة كما اذا كان القطع والقتل خطاين ولم يتخلل بينهما برؤ وانما كان كذلك لان
الضربات التي برء منها ولم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال الشين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف فيها حكومة عدل
وعن محمد انه يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية وتاتي المسلة بادلتها في فصل الشجاج ان شا الله تعالى ولو بقي لها اثر بعد البرء
يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو بقا الاثر قال وان عفى المقطوع عن القطع
فمات ضمن القاطع الدية ولو عفى عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية لا فالخطا من الثلث والعمد من كل المال وهذا عند ابي حنيفة
والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال ابو يوسف ومحمد اذا عفى عن القطع او عن الشجة فهو عفو عن النفس ايضا حتى اذا مات بعد
العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا اضيف الى الفعل كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه احد ه
شيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان النفس ان سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او عن الشجة
وما يحدث منها ولان اسم القطع والشجة يتناول الساري والمقتصر لان القطع جنس وهما نوعاه فصارت السراية والاقتصار صفة
له الا ترى ان من امر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه شي لان اذنه بالقطع يتناوله فكذا العفو عنه يتناول
ما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به المسبب ولهذا لو ابرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك ابراء عن موجب
الغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذا لو ابرأ البايع المشتري كان ذلك ابراء عن موجب العيب وهو ه
الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد ولابي حنيفة ان حق المجني عليه في القتل دون القطع لانه لما سرى تبين انه كان
قتلا من الابتدا فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل الا ترى ان من قال لا تقطع لي نبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص
في النفس ولو كان القطع يتناوله كما قالا لا قتضى براءته عنه فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف
محل حقه فيبطل ويجب عليه الدية والقياس ان يجب عليه القصاص في النفس لانه قتل نفسا معصومة بغير حق عمدا الا انا استحسنا
في سقوطه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود وهذا لانه اضاف العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفي لدرء
القصاص لا لسقوط المال لانه يجب مع الشبهة ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتدا
وتبين ذلك بالسراية وهذا لان المعتبر من الجنايات مالها لا ان اصل الفعل قد يكون غير موجب للقصاص في النفس ثم تصير موجبا
له بالسراية وقد تكون موجبا للقصاص ثم يصير غير موجب له كما اذا قطع يده من المفصل فسرى الى نصف الساعد وباعتبار المال
تبين انه لم يكن له حق في اليد ولهذا لو عفى الولي عن اليد ومن السراية لم يصح ولو كان الساري نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان

القطع

القطع الاول لا يوجب قطعا ساريا وانما يوجب القطع فقط ان كان مقتصرا او القتل فقط ان كان ساريا فلا موجب للقطع الساري
فلا يتناوله العفو عن القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع الساري على الجاني حتى يستعار له قطعا
بخلاف العفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر
والقتل ابتدا الا ترى انه لو قال لا جناية لي قبل فلان اوجب البراءة عن الكل بخلاف ما اذا قال لا قطع لي على ما بيناه والعفو عن القطع ه
وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها صريح في العفو عن السراية واما مسلة الاذن بالقطع فانما سقط الضمان عن القطع
فيها لانه لما قطعه بامره انتقل الفعل اليه فصار في التقدير كانه هو الذي قطع يده بنفسه فمات منه ولو كان يتناول الساري لوجب
الضمان على القاطع كما لو قال له اقتلني فقتله فكان هذا شاهدا لابي حنيفة رحمه الله كما تراه واما مسلة الغصب فلان الغصب
سبب لوجوب رد المغصوب او قيمته فجاز استعارته على المسبب وكذا مسلة الرد بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه
ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فاعتقه ثم مات المقطوع حيث لا ينتقض الصلح ولو لم يتناول الساري لانتقض
لانا نقول لما اعتقه صار مختارا للامضا فيتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والتحول الى الصلح عن الجناية او نحو ذلك لانه لا يتم الا به على
ما ياتي بيانه من بعد ان شا الله تعالى ولو كان القطع خطا فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى اذا اطلق بان قال عفوت عن اليد كان عفوا
عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس
بالاجماع حتى اذا مات منه يسقط كل الدية فيه غير انه يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من
الثلث كساير امواله بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به لانه ليس
بمال وصار كما لو اعار ارضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع
ليست بمال مطلقا وانما يصير مالا بعقد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها في المرض وهو المراد بقوله فالخطا من الثلث والعمد
من كل المال قال وان قطعت امراة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى
عاقلتها لو خطا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد او عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج
على اليد او على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا التزوج على القصاص في الطرف وهو ليس
بمال على تقدير الاستيفا وعلى تقدير السقوط اولى لانها لا يمكنها ان تستوفي القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح
مهرا فيجب عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجري بين الرجل والمراة في الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول
الموجب الاصلي للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن
العفو لكن عن القصاص في الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس
وذلك في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله والقياس ان يجب القصاص في النفس على ما بينا فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا
ان استويا قدرا ووصفا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه على الاخر وان كان القطع خطا يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى
الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شي فيها والدية واجبة بنفس
القتل لانه خطا ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فايدة في استيفا ه
كل واحد منهما حقه فيتقاصان قال وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لان هذا ه
تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير قال ولا شي عليها لانه رضي
بسقوط القصاص على انه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فيسقط اصلا فصار كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط
مجانا قال ولو خطا رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس
فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك

العاقلة لا تحمل العمد

المريض لا يحجر عليه في التزوج

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها منهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا يرجع عليهم بشي لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم ايضا لانه وصية لهم فيصح لانهم اجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة الى الولي لان الوصية لا تنفذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والاصح انه يسقط كله لانه اوصى لمن يجوز له الوصية ولمن لا يجوز له الوصية فيكون الكل لمن يجوز له الوصية كمن اوصى لحي وميت فان الوصية كلها تكون للحي ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فيتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما اصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما اصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم ايضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه ايضا ثم هكذا وهكذا الى ان لا يبقى منه شي فلو ابطلنا الوصية في حصته ابتدا الزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها ابتدا قصرا للمسافة وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد ايضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحدا عندهما

قال **ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به** اي لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له في القصاص في النفس واستيفا القطع لا يوجب سقوط حقه في القتل لان من له القصاص في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شي الا انه مسي الا يرى انه لو احرقه بالنار لا يجب عليه شي غير الاساءة فاذا بقي له فيه القصاص فوارثه يقوم مقامه وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه ابراه عما وراه قلنا انما اقدم عليه على ظن انه حقه لا حق له غيره وبعد السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبريا عنه بدون علمه ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شي عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسري الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لان السراية لا تبدا الجناية فلا يتصور ان يكون ابتدا الفعل غير مضمون وسرايته مضمون ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسايل لان اقامة الحد واجب على الامام فكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة وفي مسلتنا الولي مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة قال **وان قطع يد القاتل وعفي ضمن القاطع دية اليد** وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شي عليه لانه قطع يدا من نفس لو اتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سري وهذا لانه استحق اتلافه بجميع اجزايه اذ الاجزا تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفي ثم سرى لا يضمن شيا والقطع الساري اشد من المقتصر اذ قطع وما عفي وما سري ثم حز رقبته قبل البرء او بعده فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفي عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابي حنيفة انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن في الحال لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفا لا قبله فاذا وجد الاستيفا ظهر حقه في الاطراف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاما اذا لم يعف فانما لم يضمن لانه

الوصية للقاتل لا تصح

خالف

لو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا

تبع

القصاص انما يثبت عنده للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت

الميت اهل للملك الخ

قيام الحق في النفس لاستحالة ان يملك قتله ويكون اطرافه مضمونة عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سري فهو استيفا القتل فتبين ان العفو كان بعد الاستيفا ولو قطع وما عفي وبرا فهو على الخلاف في الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفا لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على ان لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفا في التوابع وانما دخلت في النفس لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش يقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه

باب **الشهادة في القتل** قال **ولا يعيد حاضر حجته اذا اخوه غاب عن خصومته فان يعد فلابد من اعادته ليقتلا ولو خطا او دينا لا** اي اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغايب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة ليقتلاه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد ولو كان القتل خطا او دينا لا يعيدها بالاجماع واجمعوا على ان القاتل يحبس اذا اقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغايب لان المقصود من القصاص الاستيفا والحاضر لا يتمكن من الاستيفا بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطا او دينا لانه يتمكن من الاستيفا لهما في الخلافية ان البينة متى اقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك واحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن شركايه فيما يدعي للميت وعلى الميت كما في دعوى الخطا ودعوى المال والقصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل الموت وتقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا تنفذ وصاياه منه كما في الدية فاذا لم يجب اعادة البينة في احد بدلي الدم وهو الدية فكذا في البدل الاخر وهو القصاص ولابي حنيفة ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة ابتدا بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت اي يقومون مقامه فيستحقونه ابتدا من غير ان يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتدا بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتدا بخلاف الدية والدين لان الميت اهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته يملكه واصل الاختلاف راجع الى ان استيفا القصاص حق الورثة عنه وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنه ابتدا لا ينتصب احدهم خصما عن الاخرين في اثبات حقهم بغير وكالة منه وباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغايب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفا ولا يلزمه ان القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار صالحا لقضا حوايجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فانه يجوز ايضا قبل موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب فلولا ان الحق يثبت له ابتدا لما صح عفوه قال **فان اثبت القاتل عفو الغايب لم يعد** معناه ان القاتل لو اقام بينة ان الغايب قد عفى كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغايب فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضي عليه صار الغايب مقضيا عليه تبعا له قال **وكذا لو قتل عبدهما واحدهما غايب** اي لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غايب فحكمه مثل ما ذكرنا في الوليين حتى لا يقتل ببينة اقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغايب ولو اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا فحاصله ان هذه المسلة مثل الاولى في جميع ما ذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا او خطا لا يكون الحاضر خصما عن الغايب بالاجماع والفرق لهما في الكل ولابي حنيفة في الخطا ان احد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك المولين على ما عرف في موضعه

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

صح عفو الورثة قبل موت المجروح

قال وان شهد وليان بعفو ثالث لغت اي اذا كان اوليا المقتول ثلثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفى فشهادتهما
باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في حق انفسهما
قال فان صدقهما القاتل فالدية اثلاثا اي صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه
لكن يزعمون كلهم ان نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه وتحول نصيبه ايضا مالا فوجب عليه
كل الدية قال وان كذبهما فلا شي لهما وللاخر ثلث الدية اي ان كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو
فلا شي للوليين الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق انفسهما وادعيا
انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو
منهما في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وان صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون
القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لانه اقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل
شيا بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب ثلث الدية عليه وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين
لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم انه قد عفى ولا شي له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية دينا في ذمته والذي في يده
وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس
ذلك لي وانما هو لفلان فانه يصرف اليه فكذا هنا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شي لان ما ادعاه الشاهدان على
القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه ان القاتل بتكذيبه الشاهدين قد اقر
للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفيا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب
الى غيره بجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا قال
وان شهدا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما عرف
والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان محيطا لا يحل لهم ان يطلقوا بل يقولون قصد فيه فاصاب لان الموت بسبب
الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش ودام على ذلك حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشي جارح قال
وان اختلف شاهدا القتل في الزمان او المكان او فيما وقع به القتل او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري بماذا قتله
بطلت لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او مكان غير القتل في مكان اخر او زمان اخر وكذا القتل بالة غير القتل بالة اخرى وتختلف
الاحكام باختلاف الالة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولان القاضي تيقن كذب احدهما
لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقبل مثله وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول
بخلاف ما اذا كمل احد الفريقين دون الاخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض واما اذا بين احدهما الالة وقال الاخر لا ادري بماذا قتله فلان
المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا ايضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة ومن
قال لا اعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لم ادر بماذا قتله وكذا
لو شهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول قال
وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شي قتله وجب عليه الدية في ماله استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة اصلا لانهما
شهدا بقتل مجهول لان الالة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الالة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان
انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب اقل موجبه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا
للدرء المندوب اليه في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك سايغ شرعا لان الشرع اطلق الكذب في اصلاح ذات البين على ما قال
عليه السلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين فقال خيرا او فاخبر فهذا اشله او احق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما او اختلافهما بالشك
انما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطا بالشك قال وان اقر واحد منهما انه قتله

كل

وقال الاخر

أي كونه للمقر له الثاني

قال لفلان علي الف درهم فقال المقر ليس ذلك لي وانما هو لفلان فانه يصرف اليه

لو شهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا

التي هي اصلاح ذات البين

ازواج نفسه عن التقوم كالابراء   عند تبدل المحل لا تبدل السراية

وقال الولي قتلتماه جميعا له قتلهما ولو مكان الاقرار شهادة لغت اي اذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال
الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهد اثنان على رجل انه قتل فلانا وشهد اخران على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطلت
الشهادة وليس له ان يقتل واحدا منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة
يثبت ان كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه ان يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله انا قتلته انفردت بقتله وكذا قول
الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتماه تكذيب لبعضه حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكانه قال لم ينفرد
بقتله بل شاركه اخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار
ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد
بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر
لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله وقامت
البينة على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه كلاهما كان له ان يقتل المقر دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا للبعض موجبه على ما مر وعلى
هذا لو قال لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له ان يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال
لاحد المشهود عليهما انت قتلته كان له ان يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما كذب الاخرين وكذلك الحكم في الخطا في جميع
ما ذكرنا باب في اعتبار حالة القتل قال المعتبر حالة الرمي لان الرمي فعل الرامي ولا
فعل له بعده فوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عند ذلك قال فتجب الدية بردة المرمي اليه قبل الوصول اي اذا رمى
رجل رجلا مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع به السهم تجب على الرامي الدية وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شي عليه لان التلف حصل في محل لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر
وهذا لانه بارتداده اسقط تقوم نفسه فيكون مبريا للرامي عن موجبه فصار كما اذا ابراه في هذه الحالة وهذا لان
اخراج نفسه عن التقوم كالابراء الا ترى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان ولابي حنيفة
ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له اصلا بعد فيعتبر حالة الرمي
والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فاصاب السهم الصيد
وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل اكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره فكان العبرة لحال الرمي وكان
القياس ان يجب القصاص لما ذكرنا ولكن فيه شبهة اسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية قال لا باسلامه
اي لا يجب شي باسلام المرمي اليه بان رمى الى حربي او مرتد فاسلم قبل الاصابة ثم اصابه بعد ما اسلم وهذا بالاجماع لان الرمي لم ينعقد موجبا
للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا كله يشهد لابي حنيفة رضي الله عنه قال
والقيمة بعتقه اي تجب القيمة بعتقه معناه ان رجلا لو رمى الى عبد فاعتقه المولى بعد الرمي قبل الاصابة ثم اصابه فمات منه
لزمته القيمة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي
مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته الف درهم
قبل الرمي وثمانماية بعده لزمه مايتان لان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب
عليه الا ارش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمي صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان كالقطع
ولابي حنيفة ان الرامي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته لما مر ان المعتبر حالة الرمي فلم
يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه
ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيا لانه لو اوجب شيا لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه
فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا اما الرمي فقبل الاصابة

بلغ مقابلة على خط مولفه

المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان

ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلّت فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل ولكن انعقد الرمي
علة تامة لايجاب الضمان عند الانتقال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية
البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر عليه الدية لان الرمي انما صارت علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف
يتصل به ووقت التلف حر فيجب ديته وابو يوسف مع ابي حنيفة فيه والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد
انه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الابراء واما هنا اعترض على المرمي ما يوكد عصمة المحل
وهو الاعتاق فلا تبطل به الجناية قال ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي معناه اذا قضى القاضي برجم
رجل فرماه رجل ثم رجع احد الشهود بعد الرمي قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح
الدم فيها قال وحل الصيد بردة الرامي لا باسلامه معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل اكله
ولو رماه وهو مجوسي فاسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة لانه فعله ويدخل
تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده قال ووجب الجزاء بحله لا باحرامه اي لو رمى المحرم صيدا فحل قبل
الاصابة ثم اصابه وجب عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة ثم وقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء
يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني والاصل في مسائل هذا الباب ان يعتبر وقت الرمي بالاتفاق
وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبريا له على
ما بينا في اول هذا الفصل والله اعلم

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس
وهو مصدر يقال ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال دية
شبه العمد مائة من الابل ارباعا من بنت مخاض الى جذعة اي خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي ثلثون حقة وثلثون
جذعة واربعون ثنية في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل بالسوط والعصا والحجر وديته دية مغلظة
مائة من الابل اربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ
يتحقق بايجاب سن لا يجب في الخطا ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطا
لانها تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة بمائة من الابل قال صلى الله عليه
وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل فلو اوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه لان ما يحمل حيوان من وجه وله عرضية
الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز وما رواه غير ثابت لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا
في صفة التغليظ فمذهب ابن مسعود رضي الله عنه ارباعا مثل مذهبنا ومذهب علي رضي الله عنه اثلاثا ثلاثة وثلثون حقة
وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضي الله عنه يجب اثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث
ومذهب عمر وزيد بن ثابت والمغيرة وابي موسى اثلاثا كمذهبهما والخبر الحاجة بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولوقع الاتفاق
بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى اولى ولان الدية عوض النفس
والحامل لا يجوز ان يستحق في شيء من المعاوضات لوجهين احدهما ما ذكرنا من الزيادة والثاني ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف
على حقيقتها وكذلك لا يجب اللعان بنفي الحمل ولان الدية على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهى
من اخذ الحامل في الصدقات لكونها من كرائم الاموال فكذا في الديات قال ولا يتغلظ الا في الابل لان الشرع ورد به
وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للراي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم
التوقيف في التقدير بغير الابل قال ودية الخطا مائة من الابل اخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة
اي دية الخطا مائة من الابل اخماسا ابن مخاض الى اخره اي خمسة ابن مخاض وخمسة بنت مخاض وخمسة بنت لبون وخمسة حقة وخمسة

جذعة

الرمي هو الذكاة في حق الصيد

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

اختلفوا في صفة التغليظ

الحامل لا يجوز ان يستحق في شيء من المعاوضات

لو قضى القاضي بالتغليظ في غير الابل لا ينفذ قضاؤه

جذعة فاذا كان اخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرون لما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
في دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر
رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم والشافعي اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض
والحجة عليه ما روينا ولان ما قلناه اخف لان قيمة ابن مخاض تقام ابن لبون فكان اليق بحال المخطي ولان الشرع جعل ابن اللبون
بمنزلة بنت المخاض في الزكوة حيث اخذه مكانها فكانما اجاب عشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب اربعين بنت المخاض
وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم النظاير وذلك لانه عليه السلام لم يرد بتغيير اسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف
فلا يجوز قال او الف دينار او عشرة الاف درهم اي الدية من الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم
قال مالك والشافعي الدية اثنا عشر الف درهم لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم
ديته اثنا عشر الفا رواه ابو داود والترمذي ولانه لا خلاف انها من الدنانير الف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنا عشر درهما ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية
في قتيل بعشرة الاف درهم وما قلنا اولى للتيقن به لانه اقل او نحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت
دراهمهم في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكوة فانه قال كانت الدراهم
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة انواع الواحد منها وزن عشرة اي العشرة منه وزن عشرة دنانير فهو قدر الدينار
والثاني وزن ستة اي العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اي العشرة منه وزن خمسة دنانير فجمع
عمر رضي الله عنه بين الثلثة فخلطها فجعلها ثلثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا ان الدينار عشرون قيراطا
فوزن العشرة يكون مثله عشرون قيراطا ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر
قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين واربعين قيراطا فاذا جعلتها اثلاثا
صار كل ثلث اربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه درهم فاذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على
وزن ستة استويا والذي يرجح مذهبنا ما روي ان الواجب في الجنين خمس مائة درهم وهو عشر دية الام عندنا سواء
كان ذكرا او انثى وعنده نصف عشر دية نفسه ان كان انثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك ان دية الام خمسة الاف ودية
الرجل ضعف ذلك وهو عشرة الاف ولانا اجمعنا انها من الذهب الف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم الا ترى ان
نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة
لا تجب الا على الغني فيعلم بذلك على الضرورة ان الدينار مقوم بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلثة الى القاتل لانه هو
الذي تجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة وقالا تجب منها
ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
فرض في الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة رواه ابو داود
كان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على اهل مال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص
وسراويل وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات
والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والاثار التي وردت فيها يحمل القضاء
بها على وجه الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وتاويله ان قولهما
قال رحمه الله وكفارتهما ما ذكر في النص اي كفارة القتل خطا وشبه عمد هو الذي ذكر في القران وهو الاعتاق
والصوم متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطا في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب
فتتناولهما الاية ولا اختلاف فيه لعدم التفاوت بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف في

شبه العمد خطا في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب

قال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي كذا في شرح الكافي فعن هذا عرفت ان ما نقله صاحب الهداية بقوله وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف هو الصحيح لا ما قاله بعضهم في شرح والصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف اصح كذا في غاية البيان من قول الرملي وقال الشافعي الثلث وما دون

التغليظ في شبه العمد دون الخطا والمقادير لا تجب الا سماعا قال ولا يجوز الاطعام والجنين لان الاطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف الا سماعا ولان المذكور كل الواجب للفا في الجواب او لكونه كل المذكور والجنين لم يعرف حياته ولا سلامته فلم يجز ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال ويجوز الرضيع لو احد ابويه مسلما لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة اطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفي هنا بالظاهر في سلامة اطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة في التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة في الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك في الاتلاف فافترقا قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها روى ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعي الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روي عن سعيد بن المسيب انه السنة وقال الشافعي رحمه الله السنة اذا اطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ما رويناه وما روي ان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على انه سنة زيد لانه لم يروه الا عنه موقوفا ولان هذا يودي الى المحال وهو ما اذا كان المها اشد ومصابها اكثر ان يقل ارشها بيانه انه لو قطع اصبع منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلث يجب ثلثون لانها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع اربعة يجب عشرون للتنصف فيما هو اكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئا بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال ان يكون الجناية لا توجب شيئا شرعا واقبح منه ان تسقط ما وجب بغيرها وهذا مما تحيله العقلا بالبديهة ولان الشافعي يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال ودية الذمي والمسلم سواء وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وقال الشافعي دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم لما روي انه عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية الضمري بمائة من الابل وقال عليه دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وفي ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المومن ودية مسلمة الى اهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم انفسهم بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب ان يجب بقتلهم ما يجب بقتل المسلمين الا يرى ان اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا في اموالهم فما ظنك في انفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان ينتقص ديته به كما ينتقص بالانوثة والرق ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فاولى ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر المذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب ان يكون بدله كبدله والمستامن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا فصل في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الراس والعينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين وثديي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربعها وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الابل او خمسمائة درهم والاصل فيه حديث سعيد بن المسيب انه صلى الله عليه وسلم قال في

اتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له

النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ومثله ذكر عليه السلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاصل في الاعضا انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال تجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا يبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له دليله ما روينا من الحديث والاعضا على خمسة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففي كل واحد من الافراد تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو المقصود وكذلك اذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه او قطع الارنبة وهو طرف الانف او قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف ان تجتمع الروائح في قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الادمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه من الله تبارك وتعالى علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره اغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الالة وقد حصل بالامتناع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي التا والثا والجيم والدال والذال والرا والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطا والظا واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والها والعين والغين والحا والخا ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على ادا اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن ادا الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منه الافهام والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه انه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف اسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه الزمه بحسابه منها وكذا الذكر لان فيه تفويت منفعة جمة من الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الما والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شي الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر تعرفه الاطبا فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل ثم ينادي فان اجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وروي ان اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضا عن النظر اليها ثم قال لها فجاة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وكذا في اللحية وشعر الراس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعي لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا الحلق الراس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا يتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا قول علي رضي الله عنه في الراس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا

واعلم السلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنسا بالقرون والذوائب

الموقوف من المقادير كالمرفوع

كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدي اليه الراي ولانه فوت عليه جمالا على الكمال لان اللحية في اوانها جمال وكذا شعر الراس جمال الا تري ان الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والدليل على انه جمال قوله عليه السلام ان لله ملايكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنسا بالقرون والذوايب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فقد روي الحسن عن ابي حنيفة انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية واختلفوا في لحية الكوسج والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقه شي لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل هذا كله اذا افسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شي لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها في البدن ولكنه يودب على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت ابيض فقد ذكر في النوادر انه لا يلزمه شي عند ابي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير اوانه فتجب حكومة العدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته ويستوي العمد والخطا في حلق الراس لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا او دلالة فالنص انما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها لانه لم يتالم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويوجل فيه سنة فان لم تنبت فيها وجبت الدية ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم تنبت فلا شي عليه واما ما يكون مزدوجا من الاعضا كالعينين واليدين ففي قطعها كمال الدية وفي قطع احدهما نصف الدية واصل ذلك ما روي انه عليه السلام قال في العينين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين منها تفويت جنس المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف ولهذا ان في تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي الانثيين تفويت منفعة الامنا والنسل وفي ثديي المراة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فتجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المراة كمال الدية وفي احداهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة تتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع وقال مالك والشافعي يجب في الحاجبين حكومة عدل بنا على اصلهما لانهما لا يريان وجوب الدية في الشعور وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال واما ما يكون في الاعضا رباعا ففي اشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها ولم تنبت وفي واحدها ربع الدية لانها تتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى من العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وهي اربعة وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي ثلثة ثلثة ارباع الدية ثم يجوز ان يكون مراده بالاشفار حروف العين ولا اشكال فيه لانه حقيقة فيه ويجوز ان يكون مراده الاهداب وسماها اشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثل شايع لغة كما يقال سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الما هو الذي يسيل فيه وقال محمد في اشفار العينين الدية كاملة اذا لم ينبت فاراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون لانهما اريد كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا ه يختل المعنى ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشي واحد كالمارن مع القصبة والموضحة

لحية العبد

اختلفوا في لحية الكوسج

الشارب

يستوي العمد والخطا في حلق الراس

وثديي المراة دية

حلمتي المراة

اشفار العينين

مع الشعر

الحارصة الدامعة الدامية الباضعة المتلاحمة
السمحاق الموضحة الهاشمة المنقلة الآمة
الدامغة

كم من شي يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف كان له ارش

مع الشعر واما ما يكون من الاعضا اعشارا فالاصابع ففي قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الدية وفي قطع واحدة منها عشر الدية لقوله صلى الله عليه وسلم وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت منفعة المشي والبطش وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سوا لاطلاق ما روينا ولان الكل سوا في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله في المختصر وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان واما ما يزيد على ذلك فالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل او خمسماية درهم لقوله صلى الله عليه وسلم وفي كل سن خمس من الابل وهي كلها سوا لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه والاسنان كلها سوا ولان الكل في اصل المنفعة سوا فلا يعتبر التفاوت فيه كالايدي والاصابع ولين كان في بعضها زيادة منفعة ففي الاخر زيادة الجمال فاستويا فتزاد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة اخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلثون سنا عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا واربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلثة اخماس الدية وذلك ستة عشر الف درهم هذا اذا كان خطا وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قال وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيده شلت وعينه ذهب ضوها اي اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به او عينه فذهب ضوها به لان وجوب الدية تتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا ازالت منفعته كلها وجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عند الاتلاف بان اتلف عضوا ذهب منفعته فتجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلا وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما مع ~~المنفعة~~ معها بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شي يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون له ارش الا تري ان الاعضا كلها تبع للنفس فلا يكون لها ارش اذا اتلفت معها واذا انفردت بالاتلاف كان لها ارش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماوه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة النسل وكذا لو احدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الادمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالي لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم ولو زالت الحدوبة فلا شي عليه لزوالها لا عن اثر ولو بقي اثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقا الشين ببقا اثرها

فصل

في الشجاج الشجاج عشر الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم ماخوذة من حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق والدامعة بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين ماخوذة من الدمع فسميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة وقيل لان عينيه تدمع بسبب الم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع ماخوذة من دمع العينين والدامية وهي التي تسيل الدم وذكر المرغيناني ان الدامية هي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح مروي عن ابي عبيد والدامعة هي التي تسيل منها الدم كدمع العين ومن قال انها سميت بها لانه تدمع عيناه من الالم فقد ابعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه ماخوذة من البضع وهو الشق والقطع منه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك اي يلتيم ويتلاصق سميت بذلك تفاولا على ما يول اليه وروي عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة ماخوذة من قولهم التحم الشيان اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع اكثر اللحم وهي بعد الباضعة وقال الازهري الاوجه ان يقال اللاحمة اي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع الي ماخذ الاشتقاق لا الي الحكم والسمحاق وهي التي تصل الي السمحاق وهو الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الي ام الدماغ وام الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ وبعد الامة

كل اصبع فيها ثلث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع

ثلث دية الاصبع لانها ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففي احدها

اي مع المنفعة

كاملة

فتشه

شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولا تكون من الشجاج والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانها لا تبقى لهما في الغالب اثر وهذه الشجاج تختص بالراس والوجه لغة وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في الشجاج وهو تختص بالراس والوجه فيختص الحكم المقدر بهما لا يجوز الحاق الجراحة دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان الراس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا فلا يظهر واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل وتتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام فيجب ان يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركناها للاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة قال وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الراس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا يكون الا في الراس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة السمع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهم الله واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي تفسيرها ان تقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم تقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي رحمه الله يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر بذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيؤدي الى ان يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة اكثر مما اوجبه الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في الراس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول وان شاء افتى بالقول الثاني لانه ايسر قال وكان المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من اقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش او ثلثها وجب نصف او ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه ان يكون هذا تفسيرا لقول الكرخي وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لان عليا رضي الله عنه اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال ولا قصاص في غير الموضحة لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة لان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال وفي اصابع اليد نصف الدية اي اصابع اليد الواحدة لان في كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون في الخمسة

خمسون

خمسون ضرورة وهو النصف ولان في قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال وان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية وهذا متصل بما قبله اي في اصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها وقال صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال وفي نصف ساعد نصف الدية وحكومة اي اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول ابي حنيفة ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على الاصابع من اليد والرجل الى المنكب واصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع اوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها في البطش فكذا في الارش ولا يقع البطش بالساعد اصلا ولا تبعا فلا يدخل في ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يجعل تبعا للاصابع او للكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثاني لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هي اسم الى الزند اذا ذكرت في موضع القطع بدليل اية السرقة قال وفي قطع الكف وفيها اصبع او اصبعان عشرها او خمسها ولا شيء في الكف اي اذا كان في الكف اصبع او اصبعان فقطعها يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها في اصبعين ولا يجب في الكف شيء وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب اكثرهما ويدخل القليل في الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شيء واحد اذ ضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار احدهما متعذر ايضا لان كل واحد منهما اصل من وجه اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش واذا كان كل واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج راس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل في الكثير ولابي حنيفة ان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه صلى الله عليه وسلم جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية ثم جعل في كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة الا يرى ان الصغار اذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار اكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان احدهما ليس بتبع للآخر ولان ارش الاصبع ثابت بالنص وليس للكف ارش مقدر شرعا فلو ثبت انما يثبت بالراي والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال المنصوص عليه لما عرف ان الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل او شبهته فكيف يصار اليه هنا مع وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان في الكف مفصل واحد من اصبع واحدة يجب ارش المفصل على الظاهر عنه ولا يجب في الكف شيء لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقي من الاصل وان قل فهو اولى كما قال في القسامة ان اهل الخطة اولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم اصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروي الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع يعتبر اكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاول اصح لان ارشه ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق في الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان قيمة التبع لا يبلغ قيمة المتبوع ولو كان في الكف ثلث اصابع تجب ارش الاصابع ولا يجب في الكف شيء بالاجماع لان الاصابع اصل على ما بينا وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قال وفي الاصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم تعلم

بلغ مقابلة على خط المؤلف

الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر دخل الاقل فيه سواء كانت الجناية عمدا او خطا

العبرة لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل

قال في الهداية واصبع قطع مفصله الاعلى وشل ما بقي بل دية المفصل والحكومة فيما بقي اسمى وقال في الكافي وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او كل اليد فلا قصاص في شي من ذلك اجماعا وينبغي ان يجب الدية في المفصل الاعلى

صحته بنظر وحركة وكلام حكومة عدل اما الاصبع الزايدة فلانها جزء الادمي فيجب الارش فيها تشريفا له وان لم يكن فيها
نفع ولا زينة كما في السن الزايدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زايدة لان المساواة شرط لوجوب القصاص
في الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها
ارش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شي لان اللحية لا ينبت فيها اثر الحلق فلا يلحقه
الشين بالحلق بل بقيا الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفي قطع الاصبع الزايدة يبقى اثر ويشينه
ذلك فيجب الارش واما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشيا المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا
بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما
هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على الروية وهو المراد بقوله ان لم يعرف
صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة او باقرار الجاني
وان انكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا اعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعي رحمه الله
يجب الدية كاملة كيف ما كان الا اذا عرف انها غير صحيحة لان الغالب فيه الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق
وانما يصلح للدفع وحاجتنا الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاعضاء وبين الاذن والانف وفي ذكر الخصي والعنين حكومة
عدل وقال الشافعي رحمه الله يجب دية كاملة لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة وهو الايلاج والانزال
والاحبال هي المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القايمة بلا ضوء واليد الشلا والرجل الشلا قال
شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا اذ لا ينتفع بها بدونه
فصار بالنسبة الى ساير الاعضا كالنفس فيدخل ارشها كما في النفس وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط ويجب
الدية بفوات كل الشعر وقد تعلق بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها
فحاصله ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر دخل الاقل فيه ولا فرق في هذا بين ان يكون الجناية
عمدا او خطا وان وقعت على عضوين لا يدخل ووجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا او خطا عند ابي حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص
به عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وامكن الاستيفا والا فكما قال ابو حنيفة وقال زفر رحمه الله لا يدخل ارش الاعضا بعضه
في بعض لان كلا منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كساير الجنايات وجوابه ما بينا قال وان ذهب سمعه او بصره او
كلامه لا اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه الاشيا بها لا يدخل ارش الموضحة في ارش احد هذه الاشيا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة واما
السمع والكلام فلانهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل في ارش العقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع اصل
بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لان العين لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته
تعود الى كل الاعضا اذ لا ينتفع بالاعضا بدونه فصار كالنفس او نقول ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم
فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك ساير الاعضا او نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقال الحسن ارش
الموضحة لا يدخل في دية العقل ايضا لاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على
ما بيناه والحجة عليه ما بينا قال وان شجه موضحة فذهب عيناه او قطع اصبعا فشلت اخرى او قطع المفصل الاعلى فشل
او كل اليد او كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود وهذا كله قول ابي حنيفة مطلقا وقالا يجب القصاص في الموضحة والدية في العين
فيما اذا شجه موضحة فذهب عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت اخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعند مالك يجب
القصاص في العضوين ويجب ارش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفى بارش
واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود

الاصل عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب

الفعل يتعدد بتعدد اثره

سراية الفعل ينسب الى الفعل شرعا

الاصل في سراية الافعال ان لا يبقى الاول بعد ما حدثت السراية

ما بقي او اصفر او احمر يجب دية السن كله بالاجماع ولو قال اقطع المفصل الاعلى واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور من السن
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الباقي
ليس له ذلك والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما في
العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب لهما في الخلافية ان الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين
لان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا يتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل فاصابه
ونفذ السهم الى غيره فقتله فيجب القود في الاولى والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطرب السكين فاصاب اصبعا اخرى
خطا فانه يقتص للاولى دون الثانية بخلاف كسر نصف السن اذا اسود ما بقي منها او قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل
ما بقي منها او شلت اليد كلها لانه لا يمكن ان يجعل كفعلين مبتداين لاتحاد الفعل والمحل ولابي حنيفة ان الجزاء بالمثل والجرح
الاول سار وليس في وسعه الساري فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سراية ان فعله اثر في نفس واحدة والسراية
عبارة عن الام تتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس
بان مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور
السراية من نفس الى نفس فلا بد من ان يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان يجعله كفعلين لانه فعل
واحد حقيقة والسراية فيها متصور فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص
بعاقبته اثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب السكين فقطع اصبعا اخرى حيث يجب القصاص في الاول لان القطع
في الاخرى ليس بالفعل الاول ولا باثره بل بفعل اخر مقصود فيفرد بحكمه او نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق
التسبيب فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل في سراية الافعال ان لا يبقى الاول بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا
سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة او القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى
فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البير والتسبيب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله في المسالة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة
فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل ينسب الى الفعل شرعا حتى يجعل الفاعل
مباشرا للسراية فيوخذ به كما لو سرى الى النفس فانه يجب القصاص ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا
فشلت بجنبها اخرى او شجه موضحة فذهب بها سمعه او كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام وانما يجب في
المقطوعة والموضحة فقط لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفا لا ترى
انه لو ذهب بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن فسقطت
فيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيهما ولو شجه فاوضحه ثم شجه اخرى فاوضحه فتاكلتا حتى
صارتا شيا واحدا فلا قصاص فيهما في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه قال
وان قلع سنه فنبتت مكانها اخرى سقط الارش وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة
له والذي نبت نعمة مبتداة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر ولابي حنيفة ان الجناية قد
زالت ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شي بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث
نبتت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبتت
مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابي حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن
غيره فردها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية
قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلا شي عليه
كما لو نبتت وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت يجب على القاطع ارشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال وان

ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل
المنافع لا تتقوم الا بالعقد او بشبهة العقد

او قيد فنبتت سن الاول يجب معناه اذا قلع رجل سن رجل فاقيد اي اقتص القالع ثم نبتت سن الاول اي سن المقتص له يجب على المقتص له ارش سن المقتص منه لانه تبين انه استوفي بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانا حولا وينبغي ان ينتظر الناس في ذلك للقصاص خوفا من مثله الان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه يثبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا اخطانا فيه وكان الاستيفاء بغير حق الا انه سقط القصاص للشبهة فيجب المال وفي النهاية الصحيح انه يستانى في سن البالغ حتى يبرا لان نباته نادر ولا يفيد تاجيله الى سنة فيوخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة ولو ضرب سن انسان فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التاجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للتبيين ولو لم يسقط فلا شيء على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي او احمر او اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس التي لا ترى وبين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل ان لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله وفي الثاني يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت تجب فيها حكومة عدل وقال زفر رحمه الله يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في اصل الخلقة في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة الا ان كمال الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل وروى محمد عن ابي حنيفة ان الصفرة في الحر لا توجب شيئا وفي العبد توجب حكومة عدل لان الصفرة من الوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير ان المقصود من المملوك المالية وهي قد تنتقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار انكاره كانكاره اصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا ان يقيم الضارب البينة انه بغير **قال وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له اثر او ضرب فجرح فبرا وذهب اثره فلا ارش** وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد عليه اجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفي شرح الطحاوي فسر قول ابي يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا اختلاف بين ابي يوسف ومحمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال الاثر والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة لمجرد الالم الا ترى ان من ضرب انسانا ضربا مولما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما يولم قلبه لا يضمن شيئا **قال ولا يقاد بجرح حتى يبرا** وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يوخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي انه عليه السلام نهى ان يقتص من جرح حتى يبرا صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان يسري الى النفس فيظهر انه قتل ولا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به **قال وكل عمد سقط فيه قوده بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا او اعترافا ولم يكن نصف العشر** اي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق في الخاطي لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل

العاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل
ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة
ما دون ارش الموضحة يجب في سنة
الثلث الدية وما دونه يجب في سنة

ما وجب بالعقود وانما تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لانه له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم واما لا تتحمل اقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستئصال بالجاني والتحمل تحرزا عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دون ارش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة وقال الشافعي ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات والتاجيل في دية القتل خطا ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فيجب حالا الا ترى ان تحمل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في البدل تحقيقا لمعنى الجبر ولنا ان هذا مال وجب بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطا او شبه عمد او بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتدا فلا يتاجل الا بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه ان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال اصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقويمه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلث سنين وايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز ايجاب الزيادة على ما اوجبه الشرع قدرا **قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا يكفر فيه ولا حرمان عن الارث والمعتوه كالصبي** وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطا فمن يتحقق منه الخطا يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الاخر وهو المال لانه اهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا تقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق منه لما قلنا ولهذا اوجب عليهم التكفير بالمال لانه اهل للغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم اعذر اولى بهذا التخفيف فيجب على العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر او اكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عديموا العقل او قاصرون فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتسترة لانهم مرفوعوا القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى ان فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دائرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متصلة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبئ عن الخطاب وهم ليسوا المخاطبين فكيف يجب عليهم الكفارة

فصل في الجنين

قال ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا يجب غرة نصف عشر الدية الغرة الخيار وغرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه اول شيء يظهر منه والمراد بنصف عشر الدية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسمائة ولهذا لم يبين في المختصر انه ذكر او انثى لان دية المراة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والقياس ان لا يجب شيء في الجنين لانه لم يتيقن بحياته

والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت والا فلا يجب شي والقياس ان يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجب قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا وجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره وجه الاستحسان ماروي ان امراة من هذيل ضربت بطن امراة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبدا او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم واحمد وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة لانه بدل النفس من وجه ولهذا سماه عليه السلام دية والدية بدل النفس وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس الا ترى انه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو ايضا من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لانه بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل يجب في سنة واحدة بخلاف اجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلث سنين حتى لو قتل عشرة يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ماروينا ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الادمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا يملك سوى المال فكان الذكر ازيد فيما هو من خصايص الادمية وهذا المعنى في الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيا من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا **قال فان القته حيا فمات ففيه دية** اي يجب دية كاملة لانه اتلف ادميا خطا او شبه عمد فيجب فيه الدية كاملة **قال وان القته ميتا ثم ماتت الام فدية وغرة** لما روينا ولانه جنا جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما عرف ان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كما اذا رمى فاصاب شخصا ونفذ منه الى اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطا وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية **قال وان ماتت فالقته ميتا فدية فقط** وقال الشافعي يجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق موته بموتها فلا يكون في معنى ماورد به النص اذ الاحتمال فيه اقل فلا يضمن بالشك وان القته حيا بعد ما ماتت يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا ومات **قال وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها** وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيا لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة **قال وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو انثى** وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوجد مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع والدليل على انه بدل نفسه ان الامة اجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويويد ذلك ان ما يجب في جنين الحرة مورث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا ثبت انه ضمان النفس كان دية مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في ساير المضمونات ولا نسلم ان الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين ان لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان انثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وعن ابي يوسف انه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهايم وهذا على اصله يستقيم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا جاوز به دية الحر عنده والاول هو الظاهر اعتبارا بالحر لان الوجوب للصيانة وهما في الحاجة اليها سواء هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة

في جنين الحرة ذكرا كان او انثى لانه حر **قال فان حرره سيده بعد ضربه فالقته فمات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية** وان مات بعد العتق لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فيجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ واوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه في الحال وكان ينبغي ان يجب ما نقص بضربه الى ان يوجد العتق كما لو قطع يد عبد او جرحه فاعتقه المولى ثم مات يجب عليه ارش اليد والجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فيجعل كان الضرب لم يوجد في حق الجنين لان المقصود بالضرب الام واوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فاعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه يجب عليه القيمة للمولى لان الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شي بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع سرايتهما ومع هذا يجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمي لان الفعل المملوك له وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن اي الدية وقوله ولا يجب الدية ليس من الجامع الصغير ووجهه ان الضرب وقع على الام فلم يعتبر حياته في حق الجنين الا بعد الانفصال حيا كذلك لم ينقطع سرايته بخلاف من جرح فاعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا يعتبر في حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي اليه الا بعد الاصابة قيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان العتق قاطع للسراية **قال ولا كفارة في الجنين** وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لانها تتادى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا تجرى فيها القياس وقول الشافعي متناقض فيه لانه كان يعتبر جزا حتى اوجب عليه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا حتى اوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزا من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا يجب فيه الكفارة لان الاعضا لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذي استبان بعض خلقه كالتام في جميع ما ذكرنا من الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق الاحكام كامومية الولد وانقضا العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولانه به يتميز من العلقة والدم فلا بد منه **قال وان شربت دوا لتطرحه او عالجت فرجها حتى اسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن** لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا يجب الغرة لعدم التعدي ولو فعلت ام الولد ذلك بنفسها حتى اسقطت فلا شي عليها ما لم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للولي غرة لانه تبين انه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم في جناية المملوك

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا او دكانا فلكل نزعه اي لكل احد من اهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر او الذمي لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنقضه كما في الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يومر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر في ماله بخلاف الذمي هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روي عن محمد رحمه الله وقال اسماعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد به ازالة الضرر عن الناس لبدا بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت ثم الكلام في هذه المسالة في ثلث مواضع احدها في انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث في ضمان ما تلف به من الاشيا اما الاحداث فقد قال شمس الايمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق

معلان من عرض الناس اي من العامة كذا في باج الاسماء

الاقتيات انتقال من القوت وهو السبق الى الشيء
دون انتقاله من نوع منه ايضا

بالمرور وفيه من غيران يضر باحد جايز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه واذا اضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تاخيره وعلي هذا القعود في الطريق للبيع والشرا يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز لما قلنا واما الخصومة فيه فقال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سوا كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته علي رايه لان التدبير في امور العامة الي الامام وعلي قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يد خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يد الخاصة من غير ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يد الخاصة ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال ايديهم العامة وادخاله في يد الخاصة فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وعلي قول محمد رحمه الله ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه ماذون له في احداثه شرعا الا تري انه يجوز له ذلك ان لم يمنعه احد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولي لان اذن الشارع احري وولايته اقوي فصار كالمرور حتي لا يجوز لاحد ان يمنعه منه وجوابه ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان له منعه وان كان جايزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال ولكل التصرف في النافذ الا اذا اضر اي له ان يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه احد وقد ذكرناه والخلاف الذي فيه فلا نعيده قال وفي غيره لا يتصرف الا باذنهم اي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف احد باحداث ما ذكرنا الا باذن اهله لان الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركا ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضر بهم او لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر باحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الي اذن الكل فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الي ارضائهم ممكن فيبقي علي الشركة حقيقة وحكما قال فان مات احد بسقوطها فديته علي عاقلته كما لو حفر بيرا في طريق او وضع حجرا فتلف به انسان اي اذا مات انسان بسقوط ما ذكر من كنيف او ميزاب او جرصن فديته علي عاقلة من اخرجه الي الطريق لانه مسبب لهلاكه متعد في احداث ما ينضر به المارة باشغال هوا الطريق به او باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما احدثه هو رجل فوقع علي اخر فماتا فديتهما علي عاقلة من احدثه لان الواقع كالمدفوع علي الاخر ولو سقط الميزاب فاصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان علي احد لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا فيه وان اصابه ما كان خارجا منه فالضمان علي من وضعه لانه متعد فيه بشغل هوا الطريق ولو اصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم اي طرف اصابه ففي القياس لا يجب عليه شي لانه ان اصابه ما كان خارجا يضمن وان اصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيا فيضمن النصف ولا يقال ينبغي ان يضمن ثلثة ارباع الدية لانه يضمن في حالة النصف وهو ما اذا اصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلثة ارباع لان احوال الاصابة حالة واحدة فلا يتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان ولو اشرع جناحا الي الطريق ثم باع الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتي عطب بها انسان فالضمان علي البايع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحايط المايل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري علي انسان حيث لا يضمن البايع ولا المشتري لان المشتري لم يشهد عليه وهو شرط في الحايط المايل وفي حق البايع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه من ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هوا الطريق لا باعتبار الملك والاشتغال باق بعد البيع فيضمن الا تري ان ذلك الاشغال لو حصل من غير المالك كالمستاجر او المستعير او الغاصب يضمن وفي الحايط لا يضمن غير

المالك

لو وضع في الطريق شيئا فاحترق به شيء يضمنه

استاجر رب الدار النجار لاخراج الجناح فوقع قبل ان فرغوا من العمل

استاجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح

استاجر رجلا ليذبح شاة جاره واعلمه

المالك ولو وضع في الطريق جمرا فاحترق به شي يضمنه لانه متعد فيه ولو حركت الريح عين الجمر فحولته الي موضع اخر فاحرق شيا لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحويل وان حركت الشرار يضمن عند بعضهم لان العين باقية فلم ينسخ فعله فكانت الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وان حولته ايضا لانه فعل ذلك مع علمه بما فيه وقد افضي اليها فيضمن كما سيره او بمنزلة دابة جالت في رباطها ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع قبل ان يفرغوا من العمل فقتل انسانا فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الي رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتي وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسايل من اخراج الجناح او الميزاب او الكنيف الي الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا علي وجوه اما ان قال لهم ابنوا الي جناحا علي فنا داري فانه ملكي اولي فيه حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فاصاب شيا فالضمان علي الاجرا ويرجعون بالضمان علي الامر قياسا واستحسانا سوا سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب علي العامل بامر الامر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به علي الامر فكذا هذا او اما اذا قال لهم اشرعوا الي جناحا علي فنا داري واخبرهم انه ليس له حق الاشراع في القديم او لم يخبرهم حتي بنوا ثم سقط فاتلف شيا ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به علي الامر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك في جواب القياس لان المستاجر امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد امره فلم يحكم بالضمان علي المستاجر كما لو استاجر رجلا ليذبح شاة جار له واعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به علي الامر وكذا لو استاجرهم ليبنوا له بيتا في وسط الطريق ثم سقط فاتلف شيا لم يرجعوا به علي الامر وفي الاستحسان يكون الضمان علي الامر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فنا داره مملوك له من وجه علي معني انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان علي الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث فاسد يكون الضمان علي العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولي من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه لا يملك الانتفاع بفنا داره وانما يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بيرا في طريق او وضع حجرا فتلف به انسان اي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البير ووضع الحجر في الطريق لان كل واحد منها قتل بسبب حتي لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه قال ولو بهيمة فضمانها في ماله اي لو كان الهالك في البير او بسقوط الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقا التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القا الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بطريق التعدي بخلاف ما اذا كان في ملكه لعدم التعدي وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيا وانما قصد اماطة الاذي عن الطريق حتي لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان ضمن لوجود التعدي بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس او مال كان ضمانه علي من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا اذا اصب الما في الطريق او رش او توضا فعطب به نفس او مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد فيه او وضع خشبة او متاعه لان لكل احد من اهلها ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكني كما في الدار المشتركة بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكني فيضمن ما عطب به كما في الدار المشتركة غير انه لا يضمن في السكة ما نقص بالحفر وفي الدار المشتركة يضمن لان لشريكه ملكا حقيقة في الدار حتي يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ما كثيرا بحيث يزلق فيه عادة واما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في البير من جانب

الي جانب فوقع فيها اختلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا او اعمي وقيل يضمن مع العلم ايضا اذا رش جميع الطريق لانه
مضطر في المرور فيه وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق وفي اخذها جميع الطريق او بعضه ولو رش فنا حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا ولو استاجر اجيرا ليبني له في فنا حانوته فاصاب انسانا فمات فان
كان بعد فراغه يجب على الامر استحسانا وان بني في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة في
الطريق فان امر السلطان بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية في امور العامة وبغير امره يضمن ما عطب فيهما ٥
لوجود التعدي لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة كما
ذكرناه وغيره لان المعني لا يختلف وفنا داره كداره حتي لا يضمن ما عطب ما حفره فيه لان له ذلك لمصلحة داره والفنا في تصرفه
وقيل هذا اذا كان الفنا مملوكا او كان له حق الحفر بان اذن له الامام او كان لا يضر باحد لانه غير متعد فيه اما اذا كان لجماعة
المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة يضمنه لانه سبب متعد فيه وهذا صحيح ولو وقع رجل في البير المحفور في
طريق العامة فمات فيه جوعا او عطشا او غما فلا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعني في نفسه والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف في الجوع كذلك وان مات غما يجب الضمان على الحافر لانه لا سبب للغم سوي الوقوع فيه
اما الجوع والعطش فلا يختص بالبير وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب الوقوع ولولا ذلك لتناول
الخبز والما قال ومن جعل بالوعة في طريق بامر سلطان او في ملكه او وضع خشبة فيها اي في الطريق او قنطرة
بلا اذن الامام فتعمد رجل المرور عليهما لم يضمن لان حفر البالوعة باذن الامام او في ملكه ليس بتعد ووضع الخشبة والقنطرة
بلا اذن الامام ان وجد التعدي منه فيهما لكن يتعمد بالمرور عليهما تنقطع النسبة الي الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر
فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبيب معه وقد بيناه وامثاله فيما مضي وان استاجر اجرا يحفرون له في غير فنائه فضمانه
على المستاجر ولا شي على الاجرا ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان امره به قد صح اذا لم يعلموا فينتقل فعلهم الي الامر لانهم مغرورون
من جهته فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا انه في الشاة يضمن المامور ويرجع به على
الامر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتدا لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر
متعد فيرجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجرا لان امره لم يصح لانه لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم
بذلك فبقي الفعل مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجرا ٥
قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناله بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في
التصرف فيه من القا الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبنا الدكان فكان امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الي ما ذكرنا فكذا ٥
ينقل اليه وقال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمنوا سواء قال لهم انه لي ولم يقل لعلمهم بفساد امره قال ومن
حمل شيا في الطريق فسقط على انسان ضمن سوا تلف بالوقوع او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على راسه او على ظهره
مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الي الهدف او الصيد قال ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا اي لو كان
المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشي المحمول ان حامل الشي يقصد حفظه
فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه
مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله اذا لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع والحديد في
غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الي لبسه وسقط الضمان باعتبارها لعموم البلوي قال مسجد لعشيرة فعلق
رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير ٥
وتعليق القنديل من التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوي فيستوي فيه اهل المسجد وغيرهم

وله ان

كشف الغوامض
للفقيه ابي جعفر

وله ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة
حتي لا يعتد لمن سبقهم في حق الكراهية وبعدهم يكن فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها
وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذي
او لدفع الظلم فعثر به غيره يوجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستيذان من اهله وقال الحلواني اكثر المشايخ اخذوا
بقولهما وعليه الفتوي وعن ابن سلام باني المسجد اولي بالعمارة والقوم اولي بنصب الامام والمؤذنين ومن الاسكاف البلخي
احق بذلك قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب القوم من هو اصلح لذلك قال وان جلس فيه اي في المسجد ٥
فعطب به احد ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراة القران وللتعليم او للصلاة او نام فيه في الصلاة او في غيرها او مر فيه او قعد فيه للحديث فهو على هذا
الخلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع ٥
لهما ان المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالي في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالي ٥
وانتم عاكفون في المساجد فاذا بنيت لها لا يمكنه اداء الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضروراتها
فيباح له ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها
وتعلم الفقه وقراة القران عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة وله ان المسجد بني للصلاة وغيرها من ٥
العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتي يصلي فيه وان كان
القاعد مشتغلا بذكر الله تعالي وبقراة القران او التدريس او معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلي عن مكانه الذي
سبق اليه لانه بني لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العادة ايضا لا يعرف بنا المسجد
الا للصلاة واذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد
بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد ان يكون الفعل قربة مقيدة
بشرط السلامة الا تري ان من وقف في الطريق لاصلاح ذات البين قربة في نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف به شي ٥
ولا فرق فيه بين ان يكون الرجل من اهل المسجد او من غيرهم في الصحيح وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه ولان
الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة الشي يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة
ان الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد
كقراة القران ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه ابو جعفر في كشف الغوامض سمعت ابا بكر يقول ان جلس
لقراة القران او معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد انه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع
وذكر في الذخيرة انه اذا قعد فيه لحديث او نام او قام فيه لغير الصلاة او مر فيه مارا ضمن عنده وقالا لا يضمن
وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة والاعتكاف او قراة القران او للتدريس او للذكر اختلف المتاخرون فيه على
قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني حكي
ذلك كله في النهاية فصل في الحائط المائل ٥ قال حائط مال الي طريق العامة ضمن
ربه ما تلف به من نفس او مال ان طالب بنقضه مسلم او ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه وهذا استحسان ٥
والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او سبب لان البنا
كان في ملكه مستقيما والميلان وشغل الهوي ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان ما روي
عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين ولان الحائط لما مال فقد اشتغل هوا الطريق
بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو

ودفع ثوب انسان في حجر بصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه في يده بعد بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا لوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحايط لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين وكقطع اليد المستأكلة ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة لانها تتحمل تخفيفا عنه كي لا يؤدي الى الاستيصال فهو احق بذلك لان جنايته دون الخطا فيكون ادعى الى التخفيف قال محمد رحمه الله لا تتحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلثة اشيا على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات بالسقوط وعلى ان الدار له لان اقراره لا يكون حجة على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل المال والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد واما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده او جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل ان يقول ان حايطك هذا مخوف او مايل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيا او اهدمه فانه مايل صح الطلب فصار اشهادا اذا كان بحضرة الشهود وكذا لو قال اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا صح ايضا ولو قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط ان يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي في ملك الصغير او الجد والعبد التاجر كان عليه دين او لا والتالف به يكون في رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن في الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان اتلف حال بقا الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على احد لعدم تدرك المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة او اعارة او الى المرتهن او المستاجر او المودع لا يعتد به حتى لو سقط واتلف شيا لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد بري عن الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط للضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا اشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحايط لانعدام التعدي ابتدا وانتها ويقبل فيه شهادة رجل وامراتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل وسوى في المختصر بين ان يكون المطالب بالنقض مسلما او ذميا لان الناس كلهم شركا في المرور فيصح التقدم اليه من اي من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا او مكاتبا ذكرا كان او انثى لانه مطالبة حق فلا يختص بلحد من الاهل بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا باهل لمطالبة حقهم فكذا الحق العامة الا اذا اذن لهم المولى او الولي في الخصومة فح جاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد يكون الخصومة عند السلطان او نايبه كما في ساير الخصومات قال وان بناه مايلا ابتدا ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب لانه تعدى بالبنا فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البير في الطريق قال وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل الدار وهواها قال وان اجله او ابراه صح بخلاف الطريق اي ان اجله صاحب الدار او ابراه جاز تاجيله وابراوه حتى لو سقط في الابرا او قبل مضي المدة في التاجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فاجله القاضي او من اشهد عليه او ابراه حيث لا يصح التاجيل والابرا الا في حق نفسه فان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضي ولا لغيره ان يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن في الدار كالمالك فيه حتى يصح تاجيله وابراوه لما ذكرنا قال حايط بين خمسة اشهد على احدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية دار بين ثلثة حفر احدهم فيها بيرا او بنى حايطا فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ضمن نصف الدية في الفصلين لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكيه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الاسد ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك

ليس

ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة او كبرت على ما عرف في موضعه الا ان التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان قيل الواحد من الشركا لا يقدر ان يهدم شيا من الحايط فكيف يصح التقدم اليه قلنا انه يتمكن من هدم نصيبه بتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باي طريق كان ولا يتعين بالهدم ولو وقع الحايط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان النقض ملكه فيكون التفريغ اليه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود ازالة الشغل بخلاف ما اذا سقط الحايط على انسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني لان التفريغ منه الى الاوليا لا اليه ولا يكون الشهادة على الحايط اشهادا على القتيل بخلاف ما لو كان مكان الحايط جناح والمسلة بحالها حيث يضمن القتيل الثاني ايضا لان وضع الجناح جناية اذ الوضع فعله فصار كانه القاه عليه بيده ولهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيكون التلف مضافا اليه كالاول فيجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل ايضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفي الحايط لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل بترك النقض استحسانا فيظهر ذلك في حق القتيل الاول دون الثاني فلم يكن سقوط القتيل الاول في حق الثاني بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه الا ترى انه لو باع الحايط او النقض بري من الضمان ولو كان بفعله لما بري كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها ولو سقطت الجرة وحدها لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها في ملكه ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك قال ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد او رجل او راس او كدمت او خبطت لا ما نفحت برجل او ذنب الا اذا اوقفها في الطريق والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يؤدي الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطا والكدم والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم يقيد بها وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وهو المراد بقوله الا اذا اوقفها في الطريق او نقول ان الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك يطلق له التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه كملك غيره في حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه في حق ما لا يمكن كيلا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم في الطريق وفي ملكه لا يضمن شيا من ذلك الا الايطا وهو راكبها لان الايطا مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة به وغيره تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البير في ملكه وفي المباشرة لا يشترط وان كان في ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي من غير ان يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيا وان ادخلها هو ضمن الجميع سوا كان هو معها او لم يكن لوجود التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركا السير والايقاف فيه وباب المسجد كالطريق في الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة في سوق الدواب لانه ماذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة اذا وقف في غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن اما المحجة فهي كالطريق قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن قال فان راثت او بالت في طريق لم يضمن

المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف

ثم عطب به وان اوقفها لذلك واذا اوقفها لغير ذلك ضمن لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت او بالت وهي تسير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد بقوله وان اوقفها لذلك واذا اوقفها لغير ذلك فبالت او راثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير وهو اكثر ضررا ايضا من السير لكونه ادوم فلا يلحق به وهو المراد بقوله وان اوقفها لغير ذلك ضمن قال وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد اي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه لانهما مسببان كالراكب في غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح وذكر القدوري ان السائق يضمن النفحة بالرجل لانها بمرأى عينيه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق ووجه الاول وعليه اكثر المشايخ ان السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رضي الله عنه يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال وعلى الراكب الكفارة لا عليهما اي لا على السائق والقائد ومراده في الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما شيء بالمحل وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان الا ترى ان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فنخس المأمور الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان فالناخس سائق والامر راكب فتبين بهذا انهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كشبكة القفة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان قال واذا اصطدم فارسان او ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهدم عليهما او وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة الطريق لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا او يحمل ما روي عنه انه اوجب النصف على انهما تعمدا ذلك فانه في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على ما نبينه ويحمل ما روي عنه انه اوجب كل الدية على الخطا توفيقا بينهما وما استشهدا به من الاصطدام عمدا وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه ايضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذي ذكرنا في العمد والخطا في الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفداء ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطا ونصف قيمته في العمد ويأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم في الدية فيما زاد على القيمة او نصفها لان الواجب كان

النقف ...

او حفرا بيرا فانهدم عليهما

بدل يستحق منه غرمه ان العاقلة لا تحمل العمد ولا الخالف

على رقبة

على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما اخلف وهو القيمة او نصفها فياخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على اصلهما لانه ضمان الآدمي واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا ينظر فان وقعا على القفا لا يجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان وقع احدهما على القفا والآخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له والذي وقع على الوجه فديته على عاقلة الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع قال ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام في الشد فصار كانه القاه على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يتقيد بشرط السلامة ولان اللباس تبع اللابس وهو لو وقع في الطريق وعثر فيه انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه قال وان قاد قطارا فاوطأ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله قال فان كان معه سائق فعليهما اي اذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبيب لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما هو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان آخذا بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه يجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشر على ما بيناه قال وان ربط بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما اتلف على عاقلة الرابط اي اذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه ان يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع ان كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد غاية الامر ان يقال انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكن زال ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله غيره وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافي السبب ولا الضمان الا انا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمن لانه الحامل لها فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره فيما يصلح آلة له والمراد بالسوق ان يمشي خلفها معها وان لم يمش خلفها فما دامت في فورها فهو سائق لها في الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى انقطع السوق وذكر في النهاية ان المراد بالبهيمة الكلب قال وان ارسل طيرا او كلبا ولم يكن سائقا له او انفلتت دابة فاصابت مالا او آدميا نهارا او ليلا لا اي لا يضمن في هذه الصور كلها اما الطير

راكب البعير في القطار

الراجع في التسبيب هو الدية على العاقلة

الجهل لا ينافي السبب ولا الضمان

الى المكره ع

ولان الشاة لا تحمل ولا تركب ولا يحمل عليها بل ينتفع بها بما لا ينقص بالنقصان في ... فاما ما ذكرنا من البهايم تركب ويحمل عليها وتعمل لكنها عاملة لبني ادم فاشبهت الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف المقدار الواجب من الانف من علا بالشبهين فوجب الربع بشبه الانسان وسقط الربع بشبه الشاة كذا في غاية البيان

فلان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سوا فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا لو ارسل بازيا في الحرم فقتل لا يضمن المرسل واما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان لم يمشي خلفه ولا حكما بان يصيب على فور الارسال والتعدي يكون بالسوق ولانه ولان الاصل ان الفعل الاختياري يضاف الى فاعله ولا يجوز اضافته الى غيره الا اثر كما ذكر في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق حقيقة فاضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقي على الاصل ولا يجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيبا بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى صيد حيث يؤكل ما اصابه وان لم يكن سايقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست الى الاصطياد به فاضيف الى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يعترضها الا طريق للاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فاضيف اليه وان غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة اليه في حق ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح نايبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انقطعت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال بالوقفة ايضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره حيث لا يضمن من ارساله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه واما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب بوصف التعدي كذا ذكر في الهداية وذكر قاضي خان ان رجلا لو ارسل بهيمة وكان سايقا لها ضمن ما اصابت في فورها وكذا لو ارسل كلبه وكان سايقا له يضمن ما اتلف ولو لم يكن سايقا له لا يضمن وكذا لو اشلا كلبه على رجل فعقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه وقيل اذا ارسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر انسانا او اتلف عينا ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسه وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذي ارسله لانه ذهب بارسال صاحبه اما اذا اخذ يمنة او يسرة فلا يضمن لانه لما مال عن سنن الارسال انقطع حكم الارسال واكثر المشايخ قالوا هذا في البهيمة واما في الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلاهل البلد ان يقتلوه وان اتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شي عليه كالحايط المايل ولو ان رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شي الا التعزير والحبس حتى يموت واما انفلات البهيمة فلقوله عليه السلام العجماء جبار اي فعل العجماء هدر قال محمد هي المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق او في ملك الغير او المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل مقتصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب واخواته قال — وفي فقء عين شاة القصاب نقصان لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قال — وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر ايضا ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه يشبه الادمي وقد يمسك للحم كالاكل ومن هذا الوجه يشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها وان فقا عينيها فصاحبها بالخيار ان شا تركها على الفاقي وضمنه القيمة كاملة وان شا امسكها وضمنه النقصان لان المعدول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه

باب

جناية المملوك والجناية عليه اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى

النص المعول وقوله عليه السلام العجماء جبار

اختلفوا في خيار العبد

بلغ مقابلة على خط المولف

ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل الدفع وللمولى ان يتخلص بالفدا ولهذا يبرا المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلي عينا لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفدا قال — جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا او فدا واحدا ولو تخللها فدا او قيمة واحدة اي جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شي من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة سوا كانت الجناية واحدة او اكثر ولا يوجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال والا قيمة واحدة اي ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شي مما ذكرنا يوجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وان تكررت الجناية وفي الفدا اذا جنى بعد الفدا خير المولى بين الدفع والفدا كالجناية الاولى وكذا كلما جنى بعد الفدا يؤمر بالدفع او الفدا بخلاف المدبر واخته فانه لا يوجب الا قيمة واحدة على ما نبينه في اثنا المسايل قال — جنى عبد خطا دفعه بالجناية فيملكه او فداه بارشها اي اذا جنى العبد خطا لمولاه بالخيار ان شا دفعه الى ولي الجناية فاذا دفعه ملكه ولي الجناية وان شا فداه بارشها وقوله خطا احترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص واما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجري القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد وقال الشافعي رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني بعد العتق وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية والمسالة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على الجاني لانه لانه المتعدي قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي وتتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني اذا امكن الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر من اهل ان يستحق نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من اهل ان يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفدا فيكون له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجني عليه لان مقصود المجني عليه يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجاني ابدا ولان الاصل في موجب الجناية خطا ان يتباعد عن الجاني لكونه معذورا ولكون الخطا مرفوعا شرعا ويتعلق باقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطي وتوقيا عن الاجحاف به الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى يجب الدية على اهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا ان المولى يخير بين الدفع والفدا لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل فيخير لان التخيير مفيد والواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكوة عند ابي يوسف ومحمد فان الواجب جزء من النصاب وله النقل الى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفا فصار كالعبد في صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين فلا يجوز التاجيل في الاعيان وكذا اذا اختار الفدا يجب عليه حالا لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمي فدا وايهما اختار المولى وفعله فلا شي لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلا بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه واما الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار احدهما ولم يفعل او فعل ولم يختر قولا سقط حق الولي في الاخر لان المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفا والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا يتعين الا بالفعل لان المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين ان يكون المولى قادرا على الارش او لم يكن قادرا عند ابي حنيفة لانه اختار اصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للولي لا للاوليا وقالا لا يصح اختياره الفدا اذا كان مفلسا الا برضا الاوليا لان العبد صار حقا للاوليا

لا يحمل القصاص في العبيد ولا بين الاحرار والعبيد

عاقلة العبد مولاه

العاقلة لا تعقل المال

حتي يضمنه المولي بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيا حتي مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفدا حيث لم يبرا المولي لتحول الحق من رقبة العبد الي ذمته ولو فداه المولي ثم عاد فجني كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولي لانه لما طهر عن الجناية الاولي بالفدا جعل كانه لم يجن من قبل وهذه ابتدا جناية ولو جني قبل ان يختار في الاولي شيا او جني جنايتين دفعة واحدة او جنايات قيل لمولاه اما ان يدفعه بالكل او تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولي برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا تري ان ملك المولي لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه اولي ان لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرما والفرق ان الرهن ايفا واستيفا حكما فصار كالاستيفا حقيقة واما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لولي الاولي وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه علي قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولي ان يفدي من بعضهم وياخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقي الي غيره لان الحقوق صارت مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اوليا حيث لم يكن له ان يفدي من البعض ويدفع الباقي الي البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد لان الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق في موجبها **قال وان اعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش وان عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك** معناه اذا جني عبد فاعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية والاصل فيه انه متي احدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفدا والا فلا فاذا علم ذلك جينا الي ما ذكر في الكتاب قوله وان اعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل وانما كان كذلك لانه في الاول فوت حقه فيضمنه ولا يصير مختارا للفدا بهذا العتق لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفي الثاني صار مختارا للفدا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للفدا وعلي هذا اذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفدا لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعني كما لو باعه عالما بالجناية وعلي هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك او التمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجاني علي رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل ان يكون صادقا بذلك فاذا لم يصر مختارا الا يلزمه الفدا ويندفع الخصومة عنه ان اقام بينة انه للمقر له وان لم يقم ان تندفع فيقال له اما ان تفديه او تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفدا حتي لا يرجع به علي المقر له اذا حضر وصدقه انه له وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شا اجاز دفعه وان شا فداه والحقه الكرخي بالتمليك كالبيع والهبة لانه ملك المقر ظاهرا فيستحقه المقر له بالاقرار فاشبه البيع ولا فرق في هذا المعني بين ان تكون الجناية في النفس او في الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا يختلف وكذا لا فرق في البيع بين ان يكون باتا وبين ان يكون فيه خيار المشتري لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ثم نقضه او العرض علي البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشتري بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة فوجب هنا ان يكون مختارا للفدا لانا نقول لو لم يكن المشتري مختارا للزوم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم لانه يلزم في البيع المعروض وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفدا حتي يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفدا بها لان حكم الكتابة تعليق العتق باداء المال وفك الحجر عن العبد في الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له ان يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل ان تقضي عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضا ولو باعه من المجني عليه كان

ان لم يختر شيا حتي مات العبد بطل حق المجني عليه

الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة

الاقرار لغيره بالعبد الجاني

الجناية في الاطراف موجب للدفع كالجناية في النفس

لو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفدا حتي يسلم

الملك اقوى من الحق فلا يجوز ابطاله به

الباطل لا يورث شبهة

مختارا للفدا بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولي بمنزلة اعتاق المولي فيما ذكرناه لان فعل المامور فيه ينتقل الي الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزا منه الا اذا زال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له ان يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة وبوطي البكر يكون مختارا بخلاف وطي الثيب من غير اعلاق والتزوج والاستخدام لان التزوج تعييب حكمي اذ لا يعجز عن التسليم اليه وليس فيه امساك شي منه والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وطعن عيسي في التزوج فقال انه تعييب فوجب ان يكون مختارا به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطي خلاف زفر وهو رواية عن ابي يوسف ووجهه انه دليل الامساك فصار كوطي من له الخيار قلنا لو لم يكن دليل الامساك في حق من له الخيار لكان واطيا ملك غيره ولا كذلك في الجناية لان له ان يطاها ثم يدفعها بالجناية اذ لا يتبين بالدفع ان الوطي وقع في غير ملكه الا تري انه لا يستحقه بزوايده ومن له الخيار يستحقه بزوايده ويصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب الاعتاق لانهما لازمان فيكون محدثا فيه ما يعجزه عن الدفع والاظهر انه لا يصير مختارا بهما للفدا لانه لا يعجزه عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة والرهن لحق المجني عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا علي حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان بخلاف البيع لان حق المجني عليه لا يمنع تصرف المولي بجهة الملك فيثبت للمشتري ملك صحيح والملك اقوي من الحق فلا يجوز ابطاله به بخلاف الاجارة والرهن لانهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجني عليه بالسبق وكذا لا يصير مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولي بعد ما تعلق به حقه فيلزم المولي قيمته ولو جني جنايتين فعلم احداها دون الاخري وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا للفدا صار مختارا فيما علم وفيما لم يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد ولو قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر كان مختارا للفدا ان فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك اي كما يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا بالاعتاق بعد العلم بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلثة وقال زفر لا يصير مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا لان اوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولي بما سيوجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا تري انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق او الطلاق لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا تري ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتدا الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتي طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه علي مباشرة الشرط بتعليق اقوي الدواعي الي الفعل والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار وهذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطا وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب علي المولي شي بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولي مفوتا حق ولي الجناية بالعتق **قال** رحمه الله **عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية فان لم يحرره رد علي سيده ويقاد** لانه اذا لم يعتقه وسري ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع علي المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطي مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير

الاستخدام لا يسقط خيار الشرط

القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف

شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص واما اذا اعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد بمقتضى الاقدام على الاعتاق والمولي ايضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولي والاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء اما ان يقتلوه او يعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد اشكالا على قول ابي حنيفة فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث بطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسألة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان اعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب اما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح جواب القياس وما ذكر في مسألة العفو جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه ان الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لا ستيفاء بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص واما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه ان العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما ايضا يرد في الصورتين لانهما كانا جعلا العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل اوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدا اذا اعتقه قال جنى مأذون له مديون خطأ فحرره سيده بلا علم فعليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية لانه اتلف كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية اولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بالاعتاق بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي والمسألة بحالها حيث تجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فيسلم اليه وفي الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين خير المولي بين الدفع الى ولي الجناية والفدا فان اختار الدفع دفع الى ولي الجناية ثم يبيع في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شيء له وانما يبدي بالدفع جمعا بين الحقين لانه امكن بيعه بعد الدفع ولو بدي ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللانسان اغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو ان المولي دفعه الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه او وهبه ولو دفعه الى اصحاب الديون صار مختارا للفدا كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية اولا ولو ان القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لان القاضي لا تلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولي الجناية لا يحتاج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ قال مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له والفرق ان الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمي فيسري الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى الفرع كالملك والرق والحرية واما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع وقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولي الجناية فلذلك لا يجري القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية

فيه فان قيل اذا كان الدين عليها فلماذا يضمن المولي اذا اعتقها والانسان اذا اتلف المديون لا يضمن شيئا فلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولي الا ترى انه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجاني اذا اعتقه المولي بعد العلم بالجناية ولهذا اتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولي لما اتبع كالعبد الجاني ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جني عليها قبل الدفع واخذ المولي الارش لان الارش بدل جزءها وحق ولي الجناية متعلق بجميع اجزائها فاذا فات جزء منها واخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت واخلفت بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله مأذونة مديونة ولدت شرط للسراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما اكتسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه احد كانت هي الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هي احق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وام الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف قال عبد زعم رجل ان سيده حرره فقتل وليه خطأ لا شيء له معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم ان مولاه اعتقه فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر بانه لا يستحق على المولي دفع العبد ولا الفدا بالارش وانما يستحق الدية عليه وعلى العاقلة لانه حر فيصدق في حق نفسه فسقط الدفع والفدا عن المولي ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة وقال في النهاية وضع المسألة فيما اذا جنى العبد جناية ثم اقر المجني عليه انه حر قبل الدفع اليه وجعل في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان واما اذا اقر المجني عليه بعد الدفع اليه فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد اقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبدا ثم اقر بتحرير مولاه قبل البيع قال معتق قال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد معناه اذا اعتق العبد ثم قال الرجل بعد العتق قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب في جناية العبد على المولي دفعا او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال وان قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة معناه اذا اعتق رجل جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت هي بل قطعتها وانا حرة فالقول لها وكذا القول لها في كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل اذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه لم يسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها اذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا الاخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان في حقهما وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي اسلم اخذت مالك وانت حربي فقال بل اخذته بعدما اسلمت قال عبد محجور امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي لان الصبي هو المباشر للقتل

كافية لدرء الحد صورة العفو

والعبد اذا جنى وعليه دين

قال صح

وعمل رخطا وسوا فيجب على عاقلته ولا شيء على العبد الامر وكذا الحكم اذا كان الامر للصبي صبيا لانهما لا يواخذان باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان اهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وفي شرح الزيادات للعتابي لا ترجع العاقلة على العبد ايضا ابدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا قر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل هذا ولهذا لو حفر العبد بيرا ثم اعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا توجب عليه شيا وانما توجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيتقسمونها بالحصص قال وكذا ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا او المامور ايضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع او الفدا ولا رجوع له على الامر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفدا وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما بينا وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطا على ما بينا واما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من اهل العقوبة ولو امر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا امره لما قتل لضعف فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغي ان يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبيب فتعقله بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المامور عبدا محجورا عليه كبيرا او صغيرا يخير المولى بين الدفع والفدا وايهما اختار يرجع بالاقل على الامر في ماله لان الامر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة بخلاف الاول لان ذلك ضمان جناية لكون المامور حرا لا يتصور فيه الغصب فيكون على العاقلة وان كان المامور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الامر بحال لان امره لم يصح ولا يأثم هو ايضا بامر مثله لا سيما في الدم وان كان الامر عبدا ماذونا له في التجارة كبيرا كان او صغيرا والمامور عبدا محجورا عليه او ماذونا له يخير مولى المامور بين الدفع والفدا وايهما فعل رجع على العبد الماذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يودي الى ملك المضمون باداء الضمان والماذون له يواخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المامور حرا حيث لا ترجع عاقلة المامور على الامر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان الامر صبيا حرا ماذونا له في التجارة فحكمه حكم العبد الماذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المامور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المامور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الامر في حقه كالصبي المحجور عليه ولو كان الامر مكاتبا صغيرا كان او كبيرا والمامور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فتجب عليه ان امكن والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته الا ان يفديه المولى بدينهم وهو القيمة والقياس ان يبطل حكم جنايته وهو قول ابي حنيفة لانه بالعجز صار قنا وامره لا يصح ولكنها نقول ان لما قضي عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضا عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضا ولم يوجد وان عجز بعد ما ادى كل القيمة لا يبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ولو ادى البعض ثم عجز سلم ما اداه لهم وبطل الباقي عنده وعندهما لا يبطل وان كان المامور عبدا يخير مولاه بين الدفع والفدا ثم يرجع على المكاتب بقيمة المامور الا اذا كانت قيمته اكثر من الدية فينقص عشرة دراهم بقيا اشكاله وهو ان يقال ان هذا ضمان الغصب وفيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة

دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المامور وباعتبار السبب دون التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبرناها في حق التقدير وان عجز المكاتب فلمولى المامور ان يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان اعتق المولى المكاتب فمولى المامور بالخيار ان شا رجع بجميع قيمة المامور على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شا رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق الى تمام قيمة المامور وان كان المامور مكاتبا يجب على المامور ضمان قيمته لنفسه ولا يرجع به على الامر لانه تعذر هذا ان يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان او كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية ايضا لانه لا جناية من الامر لكون المامور كبيرا حكما سوا كان صغيرا او كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مامورا قال

عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع سيده نصفه الى الاخرين او فداه بالدية اي للمولى الخيار ان شا دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شا فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فان اسقط القصاصان وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او دفع العبد غير ان نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما قال وان قتل احدهما عمدا والاخر خطا فعفا احد وليي العمد فدا بالدية لولي الخطا ونصفها لاحد وليي العمد او دفعه اليهم اثلاثا لان ولي الخطا حقهما في الدية عشرة الاف درهم وحق وليي العمد في القصاص فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر مالا وهو نصف الدية خمسة الاف فاذا فداه بخمسة عشر الف درهم عشرة الاف لولي الخطا وخمسة الاف لغير العافي من وليي العمد وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثيه لولي الخطا وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة الاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة الاف وهذا عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعا بطريق المنازعة ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لغير العافي من وليي العمد لان نصفه سلم لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الاخر فيتنصف فان قيل ينبغي ان يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسلة وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة ارباعه اليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسلة الاولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان وليي الخطا استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسلتين غير انه لما عفا احد وليي كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسلة الاولى وخلي نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للولي وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فان حق وليي الخطا ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من وليي العمد فلهذا افترقا فيقسمونه كله على قدر حقوقهم بطريق العول او المنازعة ولهذه المسلة نظاير واضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب باصولها التي نشا منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيده قال

عبدهما قتل قريبهما فعفا احدهما بطل الكل معناه اذا كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كابنهما او اخيهما فعفا احدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما شيا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لقريب لهما او لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر ان شا وان شا فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله ان ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا يقضي منه ديونه وينفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته

ضمان الجناية على المولى لا على العبد

العبد اذا اعتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء

لو امر رجل حر صبيا حرا

[illegible]

ضمان الغصب من جنس ضمان التجارة

[illegible]

وللولي لا يستوجب على عبده مالا فلا تخلفه الورثة فيه ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شي فكذا ما هو في معناه **فصل قال قتل عبدا خطا تجب قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة عشرة من خمسة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت** وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقي على اصل الحرية فعلم انه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا في حال قيامه او هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب ولان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا وعبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في حق الدية لانه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا ولولا انه آدمي لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الاموال غاية الامر ان يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار اعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهي المالية ولان الآدمية اسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الاصل اولى الا ترى ان القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطا واحد فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل آدميا وجب ان يعتبر في الحالة الاخرى وكذلك ذات الشي الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اللافه وهذا اولى من العكس لان في العكس اهدار آدميته والحاقه بالبهائم والجماد وما رويا من الاثر معارض باثر ابن مسعود او هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد القائم الا ترى انه يبقى بعد قتله عمدا ايضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر في المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان آدميته انتقص فيكون بدلها اقل كالمراة والجنين الا ترى انه لما كان انتقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه الطهارة لا تخطاط رتبته فكذا هذا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب في الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون النقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول اظهر لان اقل ما له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينتقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب اصلا **قال وما قدر من دية الحر فهو مقدر من قيمته ففي يده نصف قيمته** لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما بينا فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شي لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي الى امر شنيع وهو ان ما يجب في الاطراف اكثر مما يجب في النفوس بان كانت قيمته ثلاثمائة الف فانه بقطع يده يجب خمسون الفا وبقتله عشرة آلاف وفي لحيته روايتان في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا **قال قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه** واما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفي اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى

والجماعهما

واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال يأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد احدهما دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه واما في الثاني وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه ايضا لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة او فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطيها كما قلنا بخلاف ما اذا اقر لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضي له عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للولي فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الاقرار بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول وبخلاف مسألة الجارية لان الحكم مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا ولهذا لا يثبت الحل اصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا او في الطرف او في القتل خطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت او زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد لحريته حتى تقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح واما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه ولا اشتباه فيمن له الحق فحاصله انهم اجمعوا في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له وارث آخر ان الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا ارش القطع وما نقص بذلك الى الاعتاق وتسقط الدية والقصاص وكذا في القطع اذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق **قال** رحمه الله **قال احدكما حر فشجا فبين في احدهما فارشهما للسيد** يعني اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فبين العتق في احدهما بعد الشج فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا واحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثاني لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا اذ كل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف قيمة

كل واحد منهما وتترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في احدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه بعد موت الاول وان كان لا يدري ايهما قتل اولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم اولوية احدهما بالتقديم قال ومن فقا عيني عبد دفع سيده عبده واخذ قيمته او امسكه ولا ياخذ النقصان اي اذا فقا رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شا دفع العبد المفقوء الى الفاقي واخذ قيمته كاملا وان شا امسكه ولا شي له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شا امسك العبد واخذ ما نقصه وان شا دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفايت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقا احدى عينيه ونحن نقول المالية قايمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اقتصار اعتبار المالية في الذات دون الاطراف ساقط بل المالية معتبرة في الاطراف ايضا بل اعتبار المالية في الاطراف اولى لانها تسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد ايضا اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفي احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جينا الى تعليل مذهب الفريقين لهما ان العبد في حكم الجناية على اطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا يتحملها العاقلة ويجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به اوجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في ساير الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شا دفع الثوب وضمنه قيمته وان شا امسكه وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية ايضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يومر مولاه بالدفع او الفدا وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء الفايت بل يكون بازاء الفايت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفايت والقايم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للادمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا اولى مما قاله الشافعي ايضا لان فيه اعتبار الادمية فقط والشي اذا اشبه شيين يوفر عليه حظهما قال جنى مدبر او ام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ اميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفدا لعدم علمه بما حدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا تخيير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا يخير بين الدفع والفدا ولا يجب الاقل لان فيه فايدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده او يبقي ما يختار على ملكه ويخرج الاخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان جناية المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه الا رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة ويعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى اذا قتل رجلا وقيمته الف ثم قتل آخر وقيمته الفان ثم قتل اخر وقيمته خمسماية يجب على المولى الفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته الفان فيكون لولي الاوسط الف منها لا يشاركه فيها احد لان ولي الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمس ماية لما ذكرنا ثم يعطى خمسماية فيقسم بين الاول والاوسط بضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف درهم ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو تسعة الاف لوصول الالف اليه فيبقى من

قيمته خمسماية تقسم بين الثلاثة لاستوايهم فيها فيضرب الثالث بعشرة الاف الا ما اخذ في تلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة الاف الا ما اخذ في المرتين قال فان دفع القيمة بقضا فجنى اخرى شارك الثاني الاول اي اذا دفع المولى القيمة لولي الجناية بقضا القاضي ثم جنى جناية اخرى بعد ذلك فلا شي على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها الى ولي جناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضا فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا قال ولو بغير قضا اتبع السيد او ولي الجناية اي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى كان ولي الجناية الثانية بالخيار ان شا اتبع المولى بحصته من القيمة وان شا اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شي على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم تكن الثانية موجودة ولا علم له بما حدث حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة ان جنايات المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركا فيها والجناية المتاخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجب عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه بخلاف القاضي لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار ان شا اتبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فياخذ منه وان شا اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا اخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه اكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشارك ومتاخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين ايضا كيلا يبطل حق ولي الثانية واذا اعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسوا اعتقه بعد العلم بالجناية او قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا اقر المدبر او ام الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شي لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بان اقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة

باب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك

قال قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته اقطع وان قطع يده في يد الغاصب فمات منه بري لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ويبرا الغاصب عن الضمان باسترداد المولى المغصوب وفي المسلة الاولى لما قطعه المولى في يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته اقطع وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلايه عليه وبري الغاصب من ضمانه لوصول ملكه الى يده قال صاحب العناية في الفرق بين المسلتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك والغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحققه ان معنى قولهم يقطع السراية ان ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا ان ينسب ذلك الى غير الجاني قال غصب محجور مثله فمات في يده ضمن اي اذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مواخذ بافعاله وهذا منها فيضمن قال مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما اي اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ضمن المولى قيمته لوليي الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذي اعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير ان يصير مختارا للفدا كما في القن اذا اعتقه

للعتق ح

الاطراف تسلك مسلك الاموال

جنايات المدبر توجب قيمة واحدة

ام الولد كالمدبر

الغصب قاطع للسراية

القاطع للسراية الغصب

وضعاح

بعد الجنايات من غير ان يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوايهما في السبب قال ورجع بنصف
قيمته علي الغاصب اي رجع المولي بنصف ما ضمن من قيمة المدبر علي الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب
كان عند الغاصب والنصف الاخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف
العبد لان رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد قال ودفعه الي الاول اي دفع المولي نصف القيمة
التي اخذها من الغاصب الي ولي الجناية الاولي وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يدفعها
اليه لان الذي يرجع به المولي علي الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولي لانه انما رجع علي الغاصب بسبب ذلك
فلا يدفع اليه كيلا يودي الي اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق
الاول في جميع القيمة لانه حين جني عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيا
من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق اخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولي الجناية الاولي قلنا هو كذلك
لكن ذلك في حق المولي والغاصب لان ما اخذ المولي من الغاصب عوض المدفوع الي ولي الجناية الاولي واما في
حق المجني عليه فهو عوض مال يسلم له ومثله جايز كالذمي اذا باع خمرا وقضي بثمنها دين مسلم يجوز له اخذ
لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم قال ثم رجع به علي الغاصب اي رجع
المولي بذلك الذي دفعه الي ولي الجناية الاولي ثانيا علي الغاصب عندهما لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيا اذ لم يبق شي من العبد او من بدله في يده قال وبعكسه
لا يرجع به ثانيا اي بعكس ما ذكر لا يرجع المولي علي الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته ان المدبر جني عند مولاه اولا
فغصبه رجل فجني عنده جناية اخري ثم رده علي المولي ضمن قيمته لوليي الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع
المولي علي الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه الي ولي الجناية الاولي
بالاجماع اما عندهما فظاهر لما بينا واما عند محمد فانما امتنع الدفع الي ولي الجناية الاولي في المسلة الاولي كيلا
يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد علي ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لان ما اخذ من الغاصب عوض ما دفع الي ولي
الجناية الثانية فاذا دفعه الي ولي الاولي لا يجتمع البدلان في ملك واحد وفي الاولي يجتمع لانه عوض ما اخذه هو
بنفسه ثم اذا دفعه الي ولي الاولي لا يرجع به علي الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا اما عند محمد
فظاهر لانه لم يرجع في المسلة الاولي عنده ثانيا لان المولي لما لم يدفع ما اخذ من الغاصب الي ولي الاولي سلم له ما اخذ من الغاصب
فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع علي الغاصب بالاجماع بما دفع ثانيا لان الذي دفعه المولي الي ولي
الجناية الاولي ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به علي احد بخلاف المسلة الاولي عندهما لان دفع المولي ثانيا الي ولي
الجناية الاولي فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا قال والقن كالمدبر غير ان المولي يدفع العبد
ومثل القيمة اي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا ان المولي يدفع القن وفي المدبر القيمة حتي اذا غصب رجل عبدا قنا
فجني في يده ثم رده علي المولي فجني عنده جناية اخري فان المولي يدفعه الي ولي الجنايتين ثم يرجع علي الغاصب بنصف قيمته فيدفعه
الي الاول ثم يرجع به علي الغاصب عندهما وعند محمد لا يدفع ما اخذ من الغاصب الي ولي الاولي بل يسلم له فلا يتصور الرجوع علي
الغاصب ثانيا عنده علي ما ذكرنا في المدبر وان جني عند المولي اولا ثم غصبه فجني في يده ثم رده الي المولي دفعه الي ولي الجنايتين نصفين
ثم يرجع بنصف قيمته علي الغاصب فيدفعه الي ولي الاولي ولا يرجع به ثانيا علي الغاصب لما ذكرنا قال مدبر جني
عند غاصبه ثم رده فغصبه فجني عنده علي سيده قيمته لهما معناه اذا غصب رجل مدبرا فجني عنده جناية ثم رده علي المولي
ثم غصبه ثانيا فجني عنده جناية اخري فعلي المولي قيمته بين وليي الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته
علي ما بينا قال ورجع بقيمته علي الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع

عليه

عليه بالكل بخلاف المسايل المتقدمة فانه هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع
بالنصف لذلك قال ودفع نصفها الي الاول اي دفع المولي نصف القيمة الماخوذ من الغاصب ثانيا الي ولي الجناية الاولي
لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته انما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال ورجع بذلك النصف
علي الغاصب اي رجع المولي بالنصف الذي دفعه ثانيا الي ولي الجناية الاولي علي الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا
بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يدفعه الي ولي الجناية الاولي لانه استوفي حقه ولا الي ولي
الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق الا النصف لوجود
المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيبقي علي ما كان بخلاف ولي الاولي لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما رجع
حقه الي النصف للمزاحمة فاذا وجد شيا من بدل العبد اخذه حتي يستوفي حقه ثم قيل هذه المسلة علي الخلاف كالاولي وقيل علي
الاتفاق والفرق لمحمد ان الذي يرجع به ولي الجناية الاولي عوض ما سلم له في المسلة الاولي لان الثانية كانت في يد المالك فلو
دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يودي
الي ما ذكرنا قال غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمي لم يضمن وان مات بصاعقة او نهشة حية فديته علي
عاقلة الغاصب وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق
الا تري انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولي ان لا يضمن به وجه الاستحسان
ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الي ارض مسبعة او الي مكان الصواعق اتلاف منه
تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فاذا امكن
حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي عنه متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان
تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمي لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتي لو نقله الي مكان يغلب فيه الحمي
والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية علي العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا
فهو ملحق بالكبير الا تري انه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه
فاذا اخرجه من يد الولي فات ما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتي
لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير ايضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف
مضافا الي الغاصب بتقصير حفظه قال رحمه الله كصبي اودع عبدا فقتله اي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي
اذا قتل عبدا اودع عنده وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلي هذا لو اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يواخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ويواخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يواخذ به في الحال وعلي هذا
الخلاف الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله في الجامع شرط ان يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسلة
في صبي عمره اثني عشر سنة وذلك دليل علي ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف
والشافعي انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا او كان الصبي ماذونا له
في التجارة او الحفظ من جهة الولي وكما اذا اتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير فيه
علي استهلاكه بمنزلة المباح حتي لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل احد ولهما انه اتلف مالا
غير معصوم فلا يواخذ بضمانه كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها علي نفسه حيث وضعه
في يد غير مانعة فلا تبقي معصومة الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له علي الصبي حتي يلزمه
ولا للصبي علي نفسه حتي يلتزم بخلاف الماذون له لان له ولاية علي نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته

لحق نفسه اذ هو مبقي على اصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لان عصمة المالك انما تعتبر في
ماله ولاية الاستهلاك حتى لم يكن فيه من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر ان يمكن
غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمنه الصبي باستهلاكه بخلاف ساير الاموال باب
بلغ مقابلة على خط المصنف
القسامة قال ـــ واذا وجد قتيل في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
هذا على سبيل الحكاية عن الجمع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده
فيجتري على يمينه بالله ما قتلناه يعني جميعا ولا يعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي رحمه الله اذا كان
هذا ابعد ما حلف اهل المحلة كما يحلف
هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطا وقال مالك
يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او يشهد عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن
ثم لوث يستحلف المدعى عليهم فان حلفوا لا دية لهم وان ابوا ان يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا ما ادعوا لما روي
التغليب على البئر
ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب
خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال اقتبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون
قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية
قال عليه السلام حين اخبر بذلك اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم قاتلكم او صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم نحضره
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم افتبريكم يهود بخمسين يمينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل ايمان قوم كفار ولان اليمين تجب
على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على المدعي
اصل له كما في النكول الا ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فيجب الدية ولنا قوله عليه السلام
لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر فسوى في ذلك بين
الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم
لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترمة
وما رواه ضعفه جماعة من اهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا
بايمانهم فكانه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم فيما يدعون عليهم غير ايمانهم وكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين ايمانكم
فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير ايمانهم والدليل على صحة هذا التاويل حكم عمر رضي الله عنه
به بعد النبي صلى الله عليه وسلم بمحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار احد منهم فصار اجماعا ومحال ان يكون علم ذلك
عندهم ولا يخبرونه به اذ قال لوادعة في قتيل وجد بين وادعة وحي اخر حلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلناه ولا علمنا
له قاتلا ثم اغرموا فقال له الحرث نحلف وتغرمنا فقال نعم وهذا على ما قلنا وقوله يتخيرهم الولي في المختصر نص على ان
لا عبرة بالمحدود
الخيار الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او اهل الخيرة بذلك او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم
عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانها يمين وليست بشهادة بخلاف
اللعان لانه شهادة فلا تلاعن بين المحدود وبين امراته اذ ليس هو من اهلها قال ـــ فاذا حلفوا قضي على اهل
المحلة بالدية ولا يحلف الولي وقال الشافعي يحلف الولي بعد ما حلف اهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضي لهم بالدية
ولا يجب بمجرد يمين اهل المحلة لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبريكم اليهود بايمانها ولان
اليمين عهد في الشرع مبريا للمدعى عليه لا ملزما له كما في ساير الدعاوى ولنا ما روينا من الخبر والاثر وقوله
عليه السلام تبريكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين القاتل لا لتجب الدية ٥

عند نكولهم حتى يقضي باليمين لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا او لتقصيرهم من المحافظة على
ما عرف في القتل خطا ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه
وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه المال المدعى وفيما نحن
فيه لا يسقط ببذله الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم
القتل عمدا او خطا لان المدعى عليهم لا يتميزون من الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم القتل عمدا او خطا فكذلك الجواب
واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين من اهل
المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة مثله
ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم
وفيما رواه بقي على اصل القياس ولان دعواه ابرا لهم حيث ادعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم
وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجب ٥
باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس
وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل ففي دعوى المال يثبت وفي دعوى القصاص فهو على ٥
الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى قال ـــ وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا لان الخمسين
واجب بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله
عنه لما قضى بالقسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب
ممكن شرعا كما في كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة
ان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم ليس له ذلك
الاكمال وقد كمل قال ـــ ولا قسامة على صبي ومجنون وامراة وعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة وانما هم اتباع ٥
والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على اهل النصرة ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
قال ـــ ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به او يسيل دم من فمه او انفه او دبره بخلاف عينه واذنه لان القسامة
تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
لاحتمال القتل منهم فلا بد من اثر يكون بالميت يستدل به على انه قتيل وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق
فاذا لم يكن به شيء من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فيه او ذكره او دبره لان هذه المخارق
يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على انه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج عادة الا من شق الضرب
فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه واذنه اي بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه ولو
وجد بدن القتيل كله او اكثر من نصفه او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا ٥
بالطول او وجد اقل من النصف كان معه الراس او لم يكن فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به في البدن والاكثر للاكثر
اعطينا حكم الكل فاجرينا عليه احكامه تعظيما للادمي والاقل ليس في معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات
والقسامات مقابلة شخص واحد بان توجد اطرافه في القرى متفرقة وهو غير مشروع فينبغي ما يودي اليه فيجري ان
في الاكثر او النصف مع الراس لا غير احترازا عن التكرار وينبني على هذا صلوة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية
ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس فيه اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلقة وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل

بيتا كما هرا واوجبت القسامة والدية في تمام الخلق بالظاهر ولم يوجب الدية في عين الصبي وذكره بالظاهر لان الاطراف اقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا يجب فيما لم يعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها عظيم فيجب بدلها بالظاهر ولهذا يجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال وقتيل على دابة معها سائق او قائد او راكب فديته على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في ايديهم دون اهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن ابي يوسف انه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان وفق واما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر انه هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة الذي وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة قال وان مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى اقربهما لما روي انه عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى احدهما اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر امر في قتيل وجد بين وادعة وارحب فوجد الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة فاذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم فلا ينسبون الى التقصير في النصرة قال وان وجد في دار انسان فعليه القسامة والدية على عاقلته لان الدار في يده وينتصر بعاقلته ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير يكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر لانه عليه السلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما ان الملاك هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام كان اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون السكان والمشترين هذا عند ابي حنيفة ومحمد واهل الخطة هم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضي خطة ليميز انصباؤهم وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا جعلوا مقصرين جناة والولاية باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تاثير في التقديم لما شاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدة تحمل الدية والقسامة لجيران بسببها ولان اهل الخطة اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفي الدار المشتركة ولاية التدبير الى الملاك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد من عادة اهل الكوفة قال فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين اي ان لم يبق واحد من اهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند ابي يوسف خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند ابي يوسف لا تدخل لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصار كما اذا كانوا غائبين ولهما ان الحضور لزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على الرؤوس اي اذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباؤهم فيها متفاضلة بان كانت لاحدهم مثلا النصف وللاخر الثلث وللثالث السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة

الشفعة

١ ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك

ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع

الشفعة قال وان بيعت ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد اي اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذا ضمان جناية فيجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك الا ترى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك وبخلاف ما اذا كانت الدار في يد وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية وذكر في الهداية ما يدل على ان الضمان على الغاصب قال ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود انها لذي اليد اي اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد لانه لا بد من ملك صاحب اليد حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا يكفي لايجاد الضمان على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع وقد عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره عند ابي حنيفة على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين لانه في ايديهم فيستوي المالك وغيره فيه اما على قول ابي يوسف فظاهر لانه كان يسوي في الدار بين السكان والملاك والفرق لهما ان الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار لانه لا ينقل قال وفي مسجد محلة على اهلها وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة لا يختص به احد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة ٥ والسوق العامة التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون في السوق التي هي للعامة لان التدبير في مثل هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى اهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها او التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي بيناه لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما وعند ابي يوسف على اهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك قال ويهدر لو في برية او وسط الفرات لان الفرات ليس في يد احد ولا في ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيهما من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد او كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى اهل القرية لما بينا وذكر

من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب بعد تقبل شهادته

كشف الغوامض لابي جعفر

انزالهم قاتلين

الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مايه في دار الاسلام يجب الدية في بيت المال لانه في ايدي المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مايه في دار الحرب لانه يحتمل ان يكون قتيل اهل الحرب فيهدر قال ولو محتبسا بالشاطي فعلي اقرب القري اي لو كان القتيل محتبسا في شاطي النهر فعلي اقرب القري من ذلك الموضع لان الشط في ايديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا احق بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضع بالشط قال ودعوي الولي علي واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلي معين منهم لا وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده قال رحمه الله وان التقي قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلي اهل المحلة الا ان يدعي الولي علي اوليك او علي معين منهم لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا ابرا الولي بدعوي القتل علي اوليك كلهم او علي واحد منهم بعينه فيبرا اهل المحلة ولا يثبت علي المدعي عليه الا بحجة علي ما بينا وقوله او علي معين منهم ان اريد به الواحد من اهل المحلة يستقيم علي قول ابي يوسف لان اهل المحلة يبرون بدعوي الولي علي واحد منهم بعينه وهو القياس وعندهما لا يبرون وهو الاستحسان وقد بيناه في اوايل الباب فلا يستقيم وان اريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع وقال ابو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متاولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين او خوارج فلا شي فيه ويجعل ذلك ممن اصابه العدو قال وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد لانه لما اقر بالقتل علي واحد صار مستثني عن اليمين وبقي حكم من سواه علي حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف بانه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف علي ما ذكرنا ه وفي النهاية هذا قول محمد واما علي قول ابي يوسف فلا يحلف علي العلم لانه عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله يقول يجوز انه عرف له قاتلا آخر معه قال وبطل شهادة بعض اهل المحلة علي قتل غيرهم او واحد منهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يقبل شهادتهم اذا شهدوا علي رجل من غيرهم لان الولي لما ادعي القتل علي غيرهم تبين انهم ليسوا بخصما غاية الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصما بانزالهم ه قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا يقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد لا يقبل لما ذكرنا وله ان من صار خصما في حادثة لا يقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلي هذين الاصلين تخرج كثير من المسايل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا يقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا يقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ولو ادعي الولي علي رجل بعينه من اهل المحلة فشهد شاهدان من اهلها عليه لم يقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قايمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما الا في رواية عن ابي يوسف ذكرناها من قبل ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته علي عاقلة ورثته عند ابي حنيفة وقالا لا شي فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيكون كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء علي ظهور القتل في ملكه ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب علي عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان الدار في ملكه حكما وقت ظهور القتل فصار كانه قتل نفسه وهدر دمه وهذا لان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق بعد موته فيبقي ملكه لذلك ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف

الذي يستفاد من المجمع وشرحه ان يكون الخلاف في هذه المسئلة ايضا علي منوال الخلاف في المسئلة المذكورة قبلها بان يبطل عند ابي حنيفة خلافا لهما فليراجع

ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث ووجد احدهما مذبوحا

بعض

بعض الاخر الدية وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها ويكرر عليها الايمان والدية علي عاقلتها وقال ابو يوسف القسامة ايضا علي العاقلة لان القسامة لا تجب الا علي من كان من اهل النصرة وهي ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة ثم قال المتاخرون من اصحابنا ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا انزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فيجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيها وفيما اذا باشرت القتل بنفسها ومن جرح في قبيلة ك فنقل الي اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتي مات فالدية والقسامة علي تلك القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل في تلك القبيلة ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطا فان لم يزل صاحب فراش اضيف الموت اليه والا فلا لانه يحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الي اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في الهداية ولو وجد قتيل في ارض موقوفة او دار موقوفة علي ارباب معلومة فالقسامة والدية علي اربابها لان التدبير اليهم وان كانت موقوفة علي المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه ولو وجد في معسكر نزلوا في فلاة مباحة ليست مملوكة لاحد فان وجد في خيمة او فسطاط فالقسامة والدية علي من يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا نزلوا قبايل قبايل متفرقين فعلي القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبايل قبايل في اماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر الا تري انه ليس لغيرهم ان يزعجهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلي اقربهما وان استويا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين او بين المحلتين وقال في الهداية ان كان خارجا من الفسطاط فعلي اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلفين فعلي اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة اليهم كلهم فيجب غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم وان كان للارض مالك يجب علي المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عند هما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة او الدار ان العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا تعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم سكنوا فيه للقرار فلا بد من اعتبارهم وان كانوا القواعد وقوم فلا قسامة ولا دية لان ه الظاهر انه قتيلهم

كتاب المعاقل قال هي جمع معقلة وهي الدية اي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية ويسمي عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبايح قال كل دية وجبت بنفس القتل علي العاقلة والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال عقلت القتيل اي اعطيت ديته وعقلت عن القاتل اي اديت عنه ما لزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وانواعها في كتاب الديات واما وجوبها علي العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قضي بدية المراة المقتولة ودية جنينها علي عصبة القاتلة فقال ابو القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف اغرم من لا صاح ولا استهل ولا اكل ولا شرب ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام هذا من الكهان ولان النفس محترمة فلا وجه الي اهدارها ولا الي ايجاب العقوبة علي المخطي لانه معذور ومرفوع عنه الخطا في ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من اجحافه واستيصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا اخص بالضم اليه لانه انما يتقصر في الاحتراز لقوة فيه لان الغالب ان الانسان انما يتجرأ في افعاله اذا كان قويا فكانه لا يبالي باحد وتلك القوة تحصل بانصاره غالبا وهم اخطاوا بنصرتهم له لانها سبب للاقدام علي التعدي فقصروا بها عن حفظه فكانوا اولي ه

بلغ مقابلة علي خط المؤلف

بالضم اليه وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح او بالشبهة لان الفعل العمد يوجب العقوبة
فلا يستحق التخفيف فلا يتحمل عنه العاقلة قال وهي اهل الديوان ان كان القاتل منهم يؤخذ من عطاياهم في ثلث
سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي على اهل
العشيرة لما روينا وكان كذلك الى ايام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولانها صلة فالاقارب
اولى بها كالارث والنفقات ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر
من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالحلف والولا
والعد وهو ان يعد الرجل من قبيلة وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا
قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما
هو صلة وهو العطا اولى من ايجابها في اصول اموالهم لانه اخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين
مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة
قال فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد
حصل وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضا حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضا بالدية ثم خرجت
بعد القضا لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضا ولو خرج عطايا ثلث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية
لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بالقضا وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية او
اقل يجب في سنة واذا كان اكثر منه يجب في سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان اكثر منه الى تمام الدية يجب في ثلث
سنين لان جميع الدية في ثلث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى
يجب في ثلث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا وانقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعي ما وجب
على القاتل في ماله يكون حالا لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد المحض ولنا ان القياس يابى ايجاب
المال لمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال والشرع ورد به اذا كان خطا فلا يتعداه فيجب موجلا ولو قتل
عشرة رجلا واحدا خطا فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس فيؤجل
كل جزء من اجزائه بثلاث سنين واول المدة تعتبر من وقت القضا بالدية لان الواجب الاصلي هو الدية والنقل الى القيمة
بالقضا فيعتبر ابتدا المدة من وقته ونظيره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضا وانما تجب بالقضا فتعتبر قيمته
في ذلك الوقت قال وان لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال
وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة الا درهم او درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في
ثلث سنين على اربعة وذكر القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والاول اصح فان محمدا رحمه الله
نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا
درهم او درهم وثلث كما ذكرها الا ان معنى التخفيف مراعى فيه ولو اخذ منه في كل سنة اربعة يكون في ثلث سنين اثني
عشر درهما فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل
نسبا على ترتيب العصبات ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في آبا القاتل وابنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآبا والابنا لا يكثرون
قالوا هذا في حق العرب لانهم حفظوا انسابهم فامكن ايجابه على اقرب القبايل واما العجم فقد ضيعوا انسابهم فلا
يمكن ذلك في حقهم فاذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم
يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات اي اقربهم

نصرة

اهل الديوان

الدية صلة

الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة

اول مدة التاجيل تعتبر من وقت القضاء بالدية

نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الشافعي يجب
على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار
لكنا نقول هي احط رتبة من الزكاة الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته
اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا قايم مقامها
اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وان
كان يخرج في كل ستة اشهر يؤخذ منه سدس الدية وان كانت تخرج في كل شهر فبحسابه وان كانت لهم اعطية في كل سنة وارزاق في
كل شهر فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية اصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الاصل ولان
الاخذ من الاعطية ايسر لهم والاخذ من الارزاق يودي الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالادا منه والاعطية
ليكونوا مثبتين في الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر عليهم الادا منه قال والقاتل كاحدهم اي كواحد من العاقلة لانه
هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره به وقال الشافعي لا يجب على القاتل شي من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه
الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه
مثل ما ينصر غيره بل اشد فكان اولى بالايجاب عليه فاذا كان المخطي معذورا فالبري منه اولى قال الله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض الا ترى ان كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب
عليه البعض فظهر بذلك ان اعتبار الجزء بالكل باطل قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان نصرته بهم واسمه ينبي عنها
يويد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته ومولى الموالاة هو الحليف
يعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته اي قبيلة مولاه الذي عاقده لان العرب تتناصر
به فاشبه ولا العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد ذكرناه في الولا قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد والعمد ولا
ما لزم بالصلح ولا اعترافا لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال
الا ان يصدقوه في الاقرار لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد
زال او تقوم البينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه
لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالاقرار يجب موجلا وما ثبت بالصلح حالا
الا اذا اشترط التاجيل في الصلح وقد عرف في موضعه ولو اقر بالقتل خطا فلم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد سنين فقضي عليه
بالدية في ماله في ثلث سنين كان اول المدة من يوم يقضي عليه لان التاجيل من وقت القضا في الثابت بالبينة فكذا في الثابت
بالاقرار بل اولى لانه اضعف ولو تصادق القاتل واوليا المقتول على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة
وكذبهما العاقلة فلا شي على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شي في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت
على العاقلة بالقضا وتصادقهما حجة في حقهما فلم يلزمه الا حصته بخلاف الاول حيث يجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد
التصديق من الولي بالقضا بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال وان جنى حر على عبد خطا فهي على عاقلته
يعني اذا قتله لان العاقلة لا تتحمل اطراف العبد وقال الشافعي لا تتحمل النفس ايضا بل تجب في مال القاتل لانه بدل المال
وفي الحديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا انه آدمي فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لان ما يجب بقتله دية وهي بدل
الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث
جنايته اي لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا ان يفديه المولى قال
اصحابنا رحمهم الله ليس على النسا والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امراة
ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنسا ولهذا لا يوضع عليهم

القاتل كاحد العاقلة

صورة قبول البينة مع الاقرار

ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء
من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد منهما والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة
كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الهداية وهذا صحيح فيما قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل لانفسهما فالصحيح
انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح انه يكون كواحد من العاقلة ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر
اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصر
اقرب اليه من اهل مصر اخر ويعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا
بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى في القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة
لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء
وقرب السكنى والعد والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسايل المعاقل منها اخوان
ديوان احدهما بالبصرة وديوان الاخر بالكوفة لا يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه اهل ديوانه ومن جنى جناية من اهل
البصرة وليس له في اهل الديوان عطا واهل البادية اقرب اليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم
يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة لان اهل الديوان هم الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم
ولا يخصون بالنصرة اهل العطا فقط بل ينصرون اهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا
كانوا قريبا له وفي البادية اقرب منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على
النصرة لهم وصار نظير مسالة الغيبة المنقطعة في الانكاح ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر
لان اهل العطا لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون بهم
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام
الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن له عاقلة معروفة
فديته في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى
العاقلة ان لو وجدت فاذا لم يوجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية في ماله
لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة اما
اذا كانت ظاهرة كاليهودي والنصراني ينبغي ان لا يعقل بعضهم بعضا وهذا اعتبار ابي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر
بينهم ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطا وحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته
من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد
تحققت وعاقلته اهل الكوفة فصار كما اذا حول بعد القضا ولنا ان الدية انما تجب بالقضا على ما ذكرنا ان الواجب هو المثل
وبالقضا ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضا
بخلاف ما اذا حول بعد القضا لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل توخذ من عطايه بالبصرة
لانها توخذ من العطا وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضا عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في النسب
لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين فيما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول
لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطا فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة
بالدية ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضا القاضي يقضي
بالدية على اهل الديوان وبعد القضا على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي عليهم

بالدية

بالدية في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطا حيث تصير الدية في عطاياهم ولو كان قضى بها في اول
مرة لانه ليس فيه نقض القضا الاول لانه قضى بها في اموالهم وعطاؤهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء
والادا من العطا ايسر اذا صاروا من اهل العطا الا اذا لم يكن مال العطا من جنس ما قضي به عليهم بان كان القضا
بالابل والعطا دراهم فح لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضا الاول لكن يقضى الابل من مال العطا بان يشترى به
لانه ايسر قال علماؤنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين
هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة
يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة انها تجب في ماله ووجهها ان الاصل ان الدية تجب على الجاني وهو القاتل
لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم
الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت
عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم قضي لهم بالرجوع عليهم لانه تبين ان الدية كانت واجبة عليهم
لانه بالاكذاب ظهر ان النسب كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر ان النسب كان ثابتا
من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بما عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات
المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حر فلم يود كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة يرجع عاقلة
الام على عاقلة الاب لانه عند ادا بدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت تثبت الحرية للاب وهو اخر جزء
من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت
عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين
من يوم يقضي بها على الامر او على عاقلته لان الدية تجب موجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة
ثم مسايل المعاقل من هذا الجنس كثيرة واجوبتها مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس الى اصله ان يقال ان حال
القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل ولاؤه الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها اولم يقض وذلك
كالولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب يجر ولاء الولد الى قومه ولا يتحول الجناية عن عاقلة
الام قضي بها اولم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بيرا الى قومه ولا يتحول الجناية عن عاقلة الام قضي بها اولم يقض
وكذا لو حفر هذا الغلام بيرا ثم اعتق ابوه ثم وقع فيها انسان يقضي بالدية على عاقلة الام لان العبرة لحالة الحفر
الا ترى ان العبد لو حفر بيرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها انسان فالضمان على البايع ولو اعتقه مولاه
بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن نظيره حربي اسلم ووالى رجلا فجنى ثم
اعتق ابوه جر ولاءه لان ولا العتاقة اقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولا بسبب
حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا تتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحولت
الجناية الى الاخرى وقع القضا بها اولم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء
وامر الرجل الصبي بالجناية ولو لم يتبدل حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان
الاعتبار في ذلك لوقت القضا لا غير فان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية والا قضي بها على الثانية وذلك مثل
ان يكون من ديوان اهل الكوفة ثم جعل من ديوان اهل البصرة وان لم يكن فيه شي مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضا وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل وتامل فيه امكنه تخريج
المسايل ورد كل واقعة من النظاير والاضداد الى اصلها والله الهادي الى الرشاد وهو الموفق للعباد بشرح
صدورهم للسداد كتاب الوصايا الايصا لغة طلب شي من غيره ليفعله

القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما

بلغ مقابلة على خط المصنف

ولو كان القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية

يعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم

الكشف في الوصية من اكبر الكباير

على غيبة منه حال حيوته وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكر في المختصر **قال الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت**
يعني بطريق التبرع سوا كان عينا او منفعة **قال وهي مستحبة** اي الوصية مستحبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق
لله وان كان عليه حق مستحق لله كالزكوة او الصيام او الحج او الصلوة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس يابى جوازها لانها تمليك
مضاف الى حال زوال الملك ولو اضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا ان الشارع اجازها
لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور باملِه مقصر في عمله فاذا اعرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير
بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالي ولو اتسع الوقت واحوجه الى الانتفاع به صرفه في حاجته الحالي
فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضا الحاجة عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز
قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان واجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت
باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والسنة وهي قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم
وعليه الاجماع **ثم** تصح الوصية للاجنبي بالثلث من غير اجازة الوارث ولا يجوز بما زاد على الثلث لما روي عن سعد بن ابي وقاص
انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى
وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق بثلثي مالي قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث
والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد
سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره واظهره
في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التاذي بالايثار وقد جا في الحديث انه عليه السلام قال
الحيف في الوصية من اكبر الكباير وفسروه في الزيادة على الثلث وبالوصية للورثة **قال** رحمه الله **ولا تصح بما زاد على**
الثلث ولا لقاتله ووارثه ان لم تجز الورثة اما الاول فلما بينا واما الثاني فلقوله عليه السلام لا وصية لقاتل وهو باطلاقه
يتناول القاتل مباشرة عمدا كان او خطا بخلاف السبب لان السبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل ما اخره
الله فيحرم الوصية كالميراث سوا اوصى له قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق ما روينا واما الثالث فلقوله
عليه السلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتاذى بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه
حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت
فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات
الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية لانه وصية
حكما حتى يعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف في
الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن
شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو اقر لابنه وهو عبد ثم اعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه
بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه وهو اجنبي عنه وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره
لها واما اذا ورث بسبب قايم عند الاقرار لا يصح كما لو اقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله ان لم تجز الورثة راجع
الى الثلثة المذكورة الوصية بما زاد على الثلث وللقاتل والوارث لان الامتناع في الكل لحقهم فيجوز باجازتهم الا ترى الى
ما يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشا الورثة وعن عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده انه عليه السلام قال لا وصية لوارث الا ان تجيزها الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون
بالغا عاقلا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره ولا معتبر

او كبيرة

الى بعض
الصدقة كما
نظير الوصية

ولانه اقرار

بإجازتهم

باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي
ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فكان لهم ان يردوه
بعد موته ولا يقال كيف يكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من اول ما مرض بدليل منعه من التصرف
لحقهم لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتا من اول المرض وان الاجازة صادفت محلها
لاستناد حقهم الى اول المرض فصار كاجازتهم بعد موته لانا نقول الاستناد انما يظهر في حق القايم فاجازتهم حين وقعت
في حيوته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قايما بنفسه فلا يظهر في حقه الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة
ثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لا ينقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور
لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فاذا لم ينقلب بقي حقا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون
رضا ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته حيث لا يكون لهم ان يرجعوا عنه
لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم **ثم** اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى
يجبر الوارث على التسليم ولو اعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره واجاز الورثة العتق كان الولا كله للميت ولو كان
الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فاوصى بها لغيره فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه
وقال الشافعي يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء في مسئلة العتق ويفسد
النكاح لان الميت لا حق له الا في الثلث ولهذا لا ينفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزايد على الثلث
ملكا للوارث حقيقة فاذا اجاز صار ملكا له من جهته ضرورة ولنا ان الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه
حالا ومالا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدا بحوايجه ولا يملك
الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضا ديونه ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فاذا اوصى صار
مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم فاذا اجازوا الوصية ظهر انه لم يكن
منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد السابق كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن ولا يقال لو كان الوارث
مريضا فاجاز تعتبر من ثلثه فدل انه تمليك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث كاجازة العتق والبيع
الذي فيه محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفي تملك الموصى له قبل القبض
عنده لا يتملك وفي مشاع يحتمل القسمة حيث يجوز الاجازة فيه عندنا وعنده لا يجوز وقال ابو يوسف الوصية للقاتل
لا تجوز باجازة الورثة لان امتناعها للجناية وهي باقية ولهما ان امتناعها لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم
كنفع بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم **قال ويوصي المسلم للذمي**
وبالعكس اي يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم اما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله الاية والثاني لانهم بعقد
الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحيوة من الجانبين فكذا المضاف الى
ما بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق انه لا ينبغي
ان يوصي لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك والمستامن كالذمي في حق الوصية لان له ان يملكه المال
حال حيوته فكذا مضافا الى ما بعد مماته **قال وقبولها بعد موته وبطل ردها وقبولها في حيوته** اي
قبول الوصية بعد موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران
قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامراته انت طالق على الف درهم غدا فان ردها وقبولها باطل قبل مجي الغد
لما ذكرنا وقال زفر رحمه الله اذا رد الوصية في حال حيوة الموصي لم يجز قبوله بعد موته لان الايجاب كان في حيوته

الورث

الوصية لاهل الحرب

وقد رده فبطل والحجة عليه ما بينا قال ونُدِبَ النَّقْصُ مِنَ الثُّلُثِ اي يستحب ان يوصي باقل من الثلث سوا كانت
الورثة اغنيا او فقرا لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى
حقه على التمام فيفوته الصلة على القريب واليه اشار ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بقولهما لان يوصي بالخمس احب الينا
من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث وتَرْكُ الوصيةِ افضلُ اذا كانت الورثة فقرا له
لا يستغنون بما يرثون منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح وقال عليه السلام ان تدع ورثتك اغنيا خير لك الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية
باقل من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنيا او يستغنون بماله لانه جمع بين الصدقة على الاجنبي والهبة
من القريب وقيل الاولى اولى لانه يبتغي بها رضا الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يخير لان كل واحد منهما يشتمل
على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فكان له ان يفعل احدهما ايهما شا او يجمع بينهما قال وَمُلِكَ بِقَبُولِهِ اي الموصي
له يملك بالقبول وقال الشافعي وزفر يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية
اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك احد اثبات الملك بدون اختياره بخلاف
الميراث لانها خلافة حتى يثبت هذه الاحكام فثبتت جبرا من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت
الملك بدون قبوله لتضرر به بان اوصى له بعبد اعمى او دنان مكسورة او بزبل يجتمع في داره فانه يجب عليه نفقة
العبد ونقل المكسر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه قال إِلَّا أَنْ يَمُوتَ المُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي قَبْلَ
قَبُولِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ القَبُولِ وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان احدا لا يقدر على
اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما
في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه
من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه قال وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ المَدْيُونِ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ
يُحِيطُ بِمَالِهِ لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم لكونه فرضا والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق
العبد مقدم وحق الشرع من الصلوة وغيره يسقط بالموت على ما عرف في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله
عنه انكم تقرون الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدا بالدين قال وَالصَّبِيِّ وقال الشافعي رحمه الله
تصح وصية الصبي اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل
التقرب الى الله تعالى لو لم ينفذ يبقى ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال حيوته للنظر له حتى ينتفع بماله
وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية اخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد موته كالبالغ وكذا في الوصية ولنا انها
تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال
الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يودي الى القول بان قوله
ملزم والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا لم يستفسر عمر رضي الله عنه ان وصيته كانت
في القرب او غيرها ويحتمل ان وصيته كانت في تجهيزه وذلك جايز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها
النفع وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا ادركت فثلث
مالي لفلان وصية لانه ليس باهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما
كاملة وانما امتنعا لحق المولى فتصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما ان اعتقت فثلث مالي وصية لفلان
او للمساكين قال وَالمُكَاتَبِ اي لا تصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع وهو ليس من اهله ثم اعلم ان وصية المكاتب ثلثة

اقسام

ترك الوصية افضل اذا كانت الورثة فقرا

الوصايا اثبات ملك جديد

اذا اوصى للجنين

البالغ هو الذي راهق الحلم

اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا تصح لمن اوصى بعتق عبد بعينه ثم ملكه
ولو اجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة انشا للوصية لان الوصية تصح بلفظة الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق
بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق
بان قال اذا عتقت فثلث مالي وصية لفلان واوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات
كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات ولو عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية
له لحيوته مطلقا وانما ثبتت بطريق الضرورة فلا تظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت
بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما جايزة وهذا بنا على ان للمكاتب نوعين ملك
حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل العتق فعند ابي حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر
لان الظاهر بقا ما كان على ما كان والاخر ليس بموجود والظاهر بقاوه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى
الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه او يتناول النوعين فيصح
فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريه فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه
لنفسه ولا يعتق الاخر وتنحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسلة في شروح الزيادات قال
العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان تكون هذه المسلة مثل مسلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون
من ايمان الجامع الكبير وهي ما اذا قال احدهما اذا اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر يصح ويعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو
قال كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله املكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند
ابي حنيفة لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف
الى الطلاق في هذا النكاح الفاسد لانه هو الظاهر جعل الخلاف في هذه المسلة فيما اذا قال فكل مملوك املكه فيما استقبل
وفي مسلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا الظاهر تناقض ويحتمل ان يكون لكل واحد منهم روايتان في المسلتين
والا فلا فرق بينهما من حيث الوضع فكيف يختلفان في الجواب قال وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِهِ إِنْ وُلِدَ لِأَقَلَّ مُدَّتِهِ مِنْ
وَقْتِ الوَصِيَّةِ اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في
الوصية اذ هي اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيا
ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث
فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت
الموصى له قبل القبول واما الثاني وهو ما اذا اوصى بالحمل فلانه يجري فيه الارث فتجري فيه الوصية ايضا لانها اخته ثم
شرط في الهداية ان يولد لاقل من ستة اشهر فيهما مثل ما ذكر في هذا المختصر وقال في النهاية تجوز الوصية للحمل وبالحمل
اذا وضع لاقل من ستة اشهر اي من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر في الكافي ما يدل على انه اذا
اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به تعتبر من وقت الموت قال وَلَا تَصِحُّ الهِبَةُ لَهُ اي للحمل لان الهبة
من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه فصار كالبيع قال وَإِنْ أَوْصَى
بِأَمَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ وَالاسْتِثْنَاءُ لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام
بالوصية صح افراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناوه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه
من العقد على ما مر في البيوع ويكون الاستثنا منقطعا بمعنى لكن اذا لم يدخل تحت اللفظ قال وَلَهُ الرُّجُوعُ عَنِ
الوَصِيَّةِ قَوْلًا وَفِعْلًا بِأَنْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ قَطَعَ الثَّوْبَ أَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ لان الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في

وصية المكاتب ثلثة اقسام

الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث

اذا لم يدخل المستثنى تحت اللفظ يكون الاستثناء منقطعا بمعنى لكن

الهبة قبل القبض وكان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما في ساير العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشيء الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد بقوله وفعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط او الشراء به فان الفسخ والاجازة يكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا او الصفر آنية لانه لما اثر في قطع ملك المالك فلان يوثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف اوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غزله او بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا اخر غير الموصى به وكذا لو اوصى بسويق فلته بسمن او بالعكس او بدار فبنى فيها او بقطن فحشا به او بطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها او وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشرا او بالرجوع في الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك فتبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنايها وغسل الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب فصار تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب والتمر جنس واحد ولهذا جاز استيفا احدهما مكان الاخر في السلم بخلاف ما اذا اوصى بالكفرى فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا اوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسايل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سوا كان قبل القبول او بعده قال والجحود لا يكون رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع وقيل ما ذكره في المبسوط محمول على ان الرجوع كان في حضرة الموصى له وما ذكر في الجامع محمول على ان الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان اولى ان يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما لان حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفاء في الحال ان كان صادقا فلا يكون احدهما اخص من الاخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقا الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه انه يجوز ان اجازته الورثة ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يكن فيبقى للاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل الموصي فهو للورثة لبطلان الوصية الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم بالصواب

لو قال اوصيت لفلان فهو لفلان

الوصية للوارث تجوز ان اجازته الورثة

باب الوصية بثلث المال

بلغ مقابلة على خط المولف

قال واذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما اي اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستوا حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى بخلاف ما اذا قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو له

لفلان

فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل على الرجوع عن الاولى على ما مر قال وان اوصى لاخر بسدس ماله فالثلث بينهما اثلاثا معناه مع الوصية الاولى وهي بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقيهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصارت ثلثه ثلاثة اسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان قال وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز فثلثه بينهما نصفان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة عنده وعندهما الثلث بينهما ارباعا سهم لصاحب الثلث وثلثة اسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في السعاية واختيها ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل اصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة واختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال ان يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بان يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل انها لو هلكت واستفاد مالا اخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث قال وبنصيب ابنه باطل وبمثل نصيب ابنه صح اي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر رحمه الله كلاهما صحيحة لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز ان حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه فقوله اوصيت بنصيب ابني اي بمثل نصيبه ومثله سايغ لغة قال الله تعالى واسال القرية اي اهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الاية لان السوال يدل على المسوول وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز قال فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعل مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم قال وبسهم او جزء من ماله فالبيان الى الورثة اي اذا اوصى بسهم او بجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شيتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قايمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن ابي حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن اياس بن معوية وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الاصل ولا يمنع النقصان وذكر في الهداية ما لمنع الزيادة والنقصان ثم قال في تعليله لانه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط وقال ابو يوسف ومحمد له اخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب احد الورثة عرفا لا سيما في الوصية فينصرف اليه وهذا في عرفهم واما في عرفنا فهو الذي ذكرناه اولا قال ولو قال سدس مالي لفلان ثم قال له ثلث مالي له ثلث ماله لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول اكثر من الثلث قال وان قال سدس مالي لفلان ثم قال له سدس مالي له السدس

بخلاف ٤

اياس بن معوية بن قرة بن اياس قاضي البصرة ولاه عمر بن عبد العزيز مات سنة ١٢٢

يعني سدسا واحدا سوا قال ذلك في مجلس واحد او في مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الي المال والمعرف اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالي فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين قال وان اوصي بثلث دراهمه او غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي اي اذا اوصي بثلث دراهمه او بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم او الغنم وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد منها مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه علي الشركة ويبقي الباقي كذلك وصار كما اذا كان الموصي به اجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضهم لمكن جمعه في البعض المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجري فيه الجبر علي القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في البعض الباقي فصار كما اذا اوصي بدرهم او بعشرة دراهم او بعشرة اروس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمي فانه ياخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك علي الشركة ان لو استوي الحقان اما اذا كان احدهما مقدما علي الاخر فالهلاك يصرف الي المؤخر كما اذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهلاك يصرف الي المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة علي الارث لقوله تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين فيصرف الهلاك الي الارث تقديما للوصية علي وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصي له شيء حتي يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك الي الربح لان راس المال مقدم علي ما عرف في موضعه قال ولو رقيقا او ثيابا او دورا له ثلث ما بقي اي اذا اوصي بثلث رقيقه او ثيابه او بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول علي ما بينا قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول ابي حنيفة في الرقيق والدور لانه لا يري الجبر علي القسمة فيهما وقيل هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضا القاضي عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضا بل يتعذر ولا قضا هنا فلم يتحقق الجمع اجماعا والاشبه ان يكون علي الخلاف لان كل ما امكن جمعه جبرا بالقضاء امكن جمعه تقديرا وهذا هو الفقه في هذا الباب الا تري انه امكن الجمع بدون القضا عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم او الغنم علي ما بينا قال وبالف وله عين ودين فان خرج من ثلث العين دفع اليه اي اذا اوصي بالف درهم وله عين ودين فان خرج الالف من العين دفع اليه لان ايفا حق كل واحد ممكن من غير بخس باحد فيصار اليه قال والا ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتي يستوفي الالف اي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الي الموصي له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتي يستوفي حقه وهو الالف لان الموصي له شريك الوارث في الحقيقة الا يري انه لا يسلم له شيء حتي يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين مزية علي الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف انه لا مال له وله دين علي الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفا وباعتبارهما ولكنه الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا فيصار اليه قال وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله اي اذا اوصي لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو اهل لها كما اذا اوصي لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل اما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للاخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة علي حق الاخر مثاله اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان بن عبد الله ان مات وهو فقير فمات الموصي وفلان بن عبد الله غني كان لفلان

المال المشترك انما يهلك الهالك علي الشركة ان لو استوي الحقان

لو حلف انه لا مال له وله دين علي الناس لا يحنث

نصف الثلث

نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وفلان فمات احدهما قبل موت الموصي وكذا لو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الاخر فكان الحرف فيه انه متي دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الاخر ومتي لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للاخر قال ولو قال بين زيد وعمرو لزيد نصفه اي اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا احدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولي كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا ان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة تكامل الا تري ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه الا تري الي قوله تعالي ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اقتضي ان يكون النصف بدليل قوله تعالي لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملك عند موته اي اذا اوصي بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملك عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الي ما بعد الموت وثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سوا اكتسبه بعد الوصية او قبله بعد ان لم يكن الموصي به عينا او نوعا معينا واما اذا اوصي بعين او بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته فتبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فيبطل بفواتها قبل الموت حتي لو اكتسب غنما اخر او عينا اخر بعد ذلك لا يتعلق حق الموصي له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كان بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطي قيمة شاة لانه لما اضاف الشاة الي المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال الا تري الي قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد في الابل وانما توجد ماليتها فيها ولو اوصي بشاة ولم يضفها الي ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافها الي المال وبدون الاضافة الي المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الي الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الي المال وعلي هذا يخرج كل نوع من انواع المال كالبقر والثوب ونحوهما قال وبثلثه لامهات اولاده وهن ثلث وللفقرا والمساكين لهن ثلثة من خمسة وسهم للفقرا وسهم للمساكين اي اذا اوصي بثلث ماله لامهات اولاده وللفقرا والمساكين وامهات اولاده ثلث يقسم الثلث اخماسا فلهن ثلثة اسهم ولكل طايفة من المساكين والفقرا سهم وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يقسم اسباعا لان المذكور بلفظ الجمع ادناه في الميراث اثنان قال الله تعالي فان كان له اخوة فلامه السدس وقال تعالي وان كن نسا فوق اثنتين الاية والمراد بالاثنتين اثنان فكان من كل طايفة اثنان وامهات الاولاد ثلثة فكان المجموع سبعة فيقسم اسباعا ولهما ان اسم الجنس المحلي بالالف واللام يتناول الادني مع احتمال الكل كالمفرد المحلي بها لانه يراد بها الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالي لا يحل لك النسا من بعد وقال تعالي وجعلنا من الما كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادني لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحدا وامهات الاولاد ثلث فبلغ السهام خمسة وليس فيما تلي دلالة علي ما ذكرنا لان المذكور في الاثنين نكرة وكلامنا في المعرفة حتي لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات اولاده اللاتي يعتقن بموته او اللاتي عتقن في حيوته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حيوته وامهات اولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته سوالي لا امهات الاولاد وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم اوليك

فكان الحرف فيه

متي دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في الاخر

المذكور بلفظ الجمع ادناه في الميراث اثنان

موالي

الوصيه لامهات الاولاد اللاتي لم يعتقن حال حياته

لعدم من يكون اولى منهن بهذا الاسم ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيا وانما يجوز له الوصية
بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا يجوز لامهات اولاده اللاتي لم يعتقن حال حيوته لانا نقول القياس ان لا يجوز
الوصية لهن لانها لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقان بالموت والعتق ينزل
عليهن وهن اما فكذا التمليك يقع وهن اماء وهو لا يتصور الا انا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن
لا الى حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لانه قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بعد العتق فيصرف اليه تصحيحا للكلام
قال وبثلثه لزيد وللمساكين له لزيد نصفه ولهم نصفه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان
لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بينا ما خذ كل واحد من الفريقين
ولو اوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرفه الى اقل من اثنين بنا على ما ذكرنا قال
وبماية لرجل ومائة لآخر فقال لآخر اشركتك معهما له ثلث كل ماية وباربع مائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر
اشركتك معهما له نصف مال كل منهما يعني اذا اوصى لرجل بماية درهم ولآخر بماية ثم قال لآخر قد اشركتك معهما
فله ثلث كل ماية ولو اوصى لرجل باربع مائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما كان له نصف مال كل واحد منهما
لان الشركة للمساواة لغة ولهذا احمل قوله تعالى فهم فيه شركا في الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين
الكل في الاولى لاستوا المالين فياخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فيتم له ثلثي المائة وياخذ كل واحد منهما ثلثي المائة
ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فياخذ النصف
من كل واحد من المالين ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين
متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتها على السوا فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة
له نصف كل واحدة منهما بنا على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم
المتساوية ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر اشركتك او ادخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا قال وان
قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار
بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر
جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى علي شيا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا
ان نقول ان راي الوصي ان يعطيه صح ويجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم ان قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعله
وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاكم فلان وادعى شيا فاعطوه من مالي ما شا فهذه معتبرة فكذا
هذا فيصدق الى الثلث قال فان اوصى بوصايا اي مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا اي لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين
وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس
بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فايدة اخرى وهي ان احد الفريقين
قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد والح وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا افرزنا
قلنا علمنا ان في التركة دينا شايعا في جميع التركة فيومر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيا اخذ
اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به والورثة بثلثي ما اقروا به لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته
وان ادعى المقر له اكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير قال العبد الضعيف الراجي عفو
ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث

٩٨

وهنا الزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق
الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شي فوجب ان لا يلزمهم تصديقه والله اعلم قال وللاجنبي ووارثه
له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث اي اذا اوصى لاجنبي ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت
الوصية للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت
حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة
فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي لا يصح في
حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشا تصرف وهو تمليك مبتدا لهما والشركة تثبت حكما للتمليك فتصح في
حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر اما الاقرار فاخبار
عن كاين وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به
ولا الى اثباته بهذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيا كان للوارث ان يشاركه
فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيا ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا
وفي الانشا حصة احدهما ممتاز عن حصة الآخر بقا وبطلانا قال في النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا اما
اذا انكر الاجنبي شركة الوارث او انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح الاقرار في حصة الاجنبي عند محمد لان
الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب الآخر وعندهما يبطل في الكل لان
حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما اوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال وبثياب
متفاوتة لثلثة فضاع ثوب ولم يدر اي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت اي اذا اوصى بثلثة ثياب
متفاوتة جيد ووسط وردي لثلاثة انفس لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري ايها هو
والوارث يجحد ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك او حق احدكم ولا ادري من هو فلا ادفع اليكم شيا
بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته يمنع القضا وتحصيل غرض الموصي فيبطل كما اذا اوصى لاحد الرجلين
قال الا ان يسلموا ما بقي اي الا ان يسلم الورثة ما بقي من الثياب فح تصح الوصية لانها كانت صحيحة
في الاصل وانما بطلت لجهالة طارية مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على
ما كانت فتقسم بينهم قال فلذي الجيد ثلثاه ولذي الردي ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل اي
لصاحب الجيد يعطى ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الردي يعطى ثلثا الثوب الردي ولصاحب الوسط
ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسم على ثلثة اصاب كل واحد منهم
الثلثان وانما اعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والآخران الثلثين من ثوب واحد لان صاحب
الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون هو الردي الاصلي او الوسط ولا حق له فيهما واحتمل
ان يكون حقه في الجيد بان كان الهالك هو الوسط او الردي ويحتمل ان لا يكون له فيه حق بان يكون الهالك
هو الجيد وصاحب الردي لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون هو الجيد الاصلي او الوسط ولا حق له
فيهما واحتمل ان يكون حقه في الردي بان كان الهالك هو الجيد او الوسط واحتمل ان لا يكون له فيه حق بان كان
الهالك هو الردي وصاحب الوسط يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الهالك اجود ويحتمل ان يكون
في الردي بان يكون الهالك اردى ويحتمل ان لا يكون له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان
كذلك اعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل ان يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة
وهم في احتمال بقا حقه وبطلانه سوا وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض

صح

اوصى لاحد الرجلين

الموصي من التفضيل فكان متعينا قال ــــ وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصي له والا مثل ذرعه
معناه اذا كانت الدار المشتركة بين اثنين فاوصي احدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو
للموصي له وان وقع في نصيب الاخر فللموصي له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال محمد رحمه الله
له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب الاخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه اوصي بملكه وبملك غيره لان
الدار كانت مشتركة فينفذ في ملكه ويتوقف الباقي علي اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا ينفذ الوصية
السابقة كما اذا اوصي بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اصابه بالقسمة عين البيت كان للموصي له نصفه لانه عين ما اوصي به وان وقع في
نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصي به كالجارية الموصي بها اذا قتلت
تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصي به حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام علي البيع
علي ما بينا في مسايل الرجوع عن الوصية ولا يبطل بالقسمة ولهما انه اوصي بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن
الانتفاع به علي الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في
نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعني المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر علي القسمة فيه ولا يبطل
الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصي به فعلي اعتبار الافراز صار كان البيت
ملكه من الابتدا وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير
والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او نقول انه اراد التقدير علي اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه واراد
التمليك علي اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد ان يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين الا تري ان من علق بأول ولد تلده امته
طلاق امراة وعتق ذلك الولد يتقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصي له والورثة علي عشرة اسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة
وسهم للموصي له فيضرب الموصي له بنصف البيت وهو خمسة اذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة
واربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة اسهم وعندهما يقسم علي خمسة
اسهم لان الموصي له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصي به وهو اربعون ذراعا فيجعل كل عشرة
اذرع سهما فصار المجموع خمسة اسهم سهم للموصي له واربعة لهم قال ــــ والاقرار مثلها اي الاقرار ببيت معين من دار مشتركة
مثل الوصية به حتي يومر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب الاخر يومر بتسليم مثله وعند محمد
يومر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل محمد معهما في الاقرار والفرق له علي هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتي ان
من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومر بالتسليم الي المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتي لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا ينفذ فيه
الوصية قال ــــ وبالف عين من مال اخر فاجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة اي اذا
اوصي رجل بالف درهم بعينها من مال غيره فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد
الاجازة لانه تبرع بماله فيتوقف علي اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه هذا ابتدا تبرع فله ان يمتنع من التسليم كساير التبرعات
بخلاف ما اذا اوصي بالزيادة علي الثلث او للقاتل او للوارث فاجازها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمتنعوا من التسليم لانه
الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي علي ما بينا
من قبل قال ــــ وصح اقرار احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه في ثلث نصيبه معناه اذا اقتسم الابنان تركة ابيهما وهو
الف درهم مثلا ثم اقر احدهما لرجل ان اباهما اوصي له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس
ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقي له
النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وهذا لان ما اخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع

في جميع

في جميع التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته علي نفسه
ولا يقبل في حق اخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده ادي الي محظور وهو ان الابن الاخر
ربما يقر به فياخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه علي الثلث وهو خلف بخلاف ما اذا اقر احدهما بالدين
علي ابيهما حيث ياخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتي يستوفي دينه ولا شي للمقر ان لم يفضل منه شي لان الدين مقدم
علي الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصي له شريك للورثة فلا ياخذ شيا الا اذا سلم
للوارث ضعف ذلك ولا نسلم انه اقر له بالمساواة بل اقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن
له اخ ثم اقر له بالوصية لا يزيد حقه علي الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد ايضا بخلاف ما اذا اقر
باخ ثالث وكذبه اخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه اقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده ايضا
ساواه فيكون ما اخذه المنكر هالكا عليهما قال ــــ وبامة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه لهما والا اخذ منها ثم منه اي اذا اوصي لرجل
بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا
حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة علي ملك الميت قبلها حتي يقضي به ديونه وينفذ منه وصاياه دخل
الولد في الوصية فيكونان للموصي له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصي له بالثلث واخذ ما يخصه من الام اولا فان فضل شي اخذ
من الولد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ياخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن
الوصية بالانفصال كما اذا اوصي ببيعها من فلان بكذا من الثمن او اعتقها فولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسري
الي الولد حتي يعتق او يباع معها ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية ايضا فيهما علي السوا من غير تقديم
الام كان الوصية وقعت بهما جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الام اصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية
فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذه في التبع لا يؤدي الي نقضه في الاصل
بل يبقي تاما صحيحا فيه غير ان الثمن لا يقابل الاصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد اذا بيعا بالثمن الذي عينه الموصي او ولدت
المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد مع الام وذلك لا يبالي به ولا اثر له في النقض لان الثمن تابع في البيع حتي ينعقد
البيع بدونه ذكره وان كان فاسدا حتي لو كان في البيع بالثمن الذي عينه الموصي محاباة يحتمل ان يكون علي الخلاف هذا اذا
ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصي له لانه نما ملكه خالصا لتقرر ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد
القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصي به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصي له من جميع المال كما لو ولدته
بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصي به حتي يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل
موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيف ما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا قال ــــ ولابنه الكافر
او الرقيق في مرضه فاسلم او عتق بطل كهبته واقراره اي اذا اوصي لابنه الكافر او لابنه الرقيق في مرضه فاسلم الابن
او عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين اما الوصية فلان المعتبر
فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا يجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه واما الاقرار فان كان الابن كافرا ففيه
اشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض
فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن واقر لاجنبي في مرضه ثم مات الابن قبل ابيه المقر وورثه اخو المقر له فان الاقرار له يكون
باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا اقر لامراة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث
والاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب
عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترق في الاقرار حتي لو كانت الزوجية قايمة عند الاقرار
وهي غير وارثة بان كانت نصرانية او امة ثم اسلمت قبل موته او اعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره

الاقرار ح

الكسب كالولد

وان كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى وهو اجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع وفي عامة الروايات الهبة في المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا يجوز بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تقع له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى ان يكون اخره الموت واما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه اولا يخاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوي قال والا فمن الثلث اي ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه في ايامه لانه في ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى يعتبر تبرعاته من الثلث والله اعلم بالصواب

باب العتق في المرض

قال تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصيته اي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث يزاحمه اصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه في حق الزايد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو في حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اذ المعتبر حالة الاضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض برا منه فهو ملحق بحال الصحة لان الورثة والغرما لا يتعلق حقهم بماله الا في مرض موته وبالبرء يتبين انه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد في ماله قال ولم يسع ان اجيز اي اذا اجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق ~~لان العتق في المرض نافذ حاية على الحق~~ لان العتق في المرض وصية على ما بيناه وهي تجوز باجازة الورثة فلا يلزمه شي لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بينا قال فان حابى فحرر فهي احق وبعكسه استويا اي اذا حابى ثم اعتق فالمحاباة اولى وان اعتق ثم حابى فهما سوا وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله هما سوا في المسلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من اصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سوا كان مطلقا او مقيدا والمحاباة في المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه ان كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفا دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشيا يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقدم في الذكر فانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجي بيانه وابو حنيفة يقول ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى ياخذ الشفيع ويملكه العبد والصبي الماذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الرفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم

اعتق

اعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة فما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال ان صاحب المحاباة يسترد ما اصاب العتق الذي بعد في المسلتين لكونه اولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور وبيانه ان صاحب المحاباة الاولى في المسلة الاولى لو استرد من العتق لكونه اولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثانية لاستوائهما ثم استرد المعتق لانه يساويه صاحب المحاباة الثاني وفي المسلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة ما اصاب المعتق الثاني لاسترد منه المعتق الاول لانه يساويه ثم استرده صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه وعندهما العتق اولى في الكل فلا يرد السوال عليهما قال وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم ينفذ بخلاف الحج وهذا عند ابي حنيفة في العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة في حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسلة مبنية على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا يقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البنا صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل له لانكاره ولو اوصى بان يشتري بثلث ماله وهو الف عبد فيعتق عنه فاذا هو اقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول ابي حنيفة ولئن كان قول الكل فالفرق لهما ان الوصية عند وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك وكذلك مسلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو اوصى بان يشتري بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده قال وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت اي اذا اوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق الى ان يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته بالدين قال وان فدي لا اي لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفدا في اموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كانه لم يجن قال وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شي لزيد الا ان يفضل من ثلثه شي او يبرهن على دعواه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد واقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شي للموصى له الا ان يفضل من الثلث شي او تقوم البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فتنفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شي للموصى له الا ان يفضل من الثلث شي من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك او تقوم له البينة ان العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد اما عند ابي حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه واما عندهما فلان العتق فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله وفيه حق المقذوف فيكون خصما بذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق قال ولو ادعى رجل دينا اي على الميت والعبد عتقا اي في الصحة ولا مال له غيره فصدقهما الوارث سعى في قيمته ويدفع الى الغريم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى في شي لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما وجدا معا او ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان

علي العتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوي من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقرار بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوي يدفع الادني فصار كاقرار المورث نفسه بان ادعي عليه رجل دينا وعبد عتقا في صحته فقال في مرضه صدقتما فانه يعتق العبد ويسعي في قيمته فكذا هذا وقضية الدفع ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعني بايجاب السعاية عليه ولان الدين اسبق فانه لا مانع له من الاستناد فيستند الي حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الي تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حال المرض مجانا فيجب السعاية وعلي هذا الخلاف اذا مات وترك الف درهم فقال رجل علي الميت الف درهم دين وقال اخر هذا الالف لي وكان لي عنده وديعة فعنده الوديعة اقوي وعندهما سواء هكذا في الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الاسلام والكيسانيي الوديعة اقوي عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال وذكر في المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكيساني فقال لو ترك الفا وهذا يدعي دينا وذاك قال هذا اودعني والابن قد صدق هذين معا استويا واعطيا من اودعا وجه قول من يقدم الوديعة ان الوديعة تثبت في الذمة اولا ثم تنتقل الي العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها احق كما كان المورث حيا فقال صدقتما ووجه قول من سوي بينهما ان الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف اقرار المورث نفسه لان اقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها اولي لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين فاستويا وصاحب الكافي ضعف ايضا ما ذكر في الهداية وجعل الاصح خلافه **قال وحقوق الله تعالي تقدمت الفرايض وان اخرها كالحج والزكاة والكفارات** لان الفرض اهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم **قال وان تساوت في القوة بدي بما بدا به** لان الظاهر من حال المرء ان يبدا بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كانه نص علي تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكوة علي الحج لتعلق حق العبد بها وعن ابي يوسف ان الحج يقدم عليهما لانه يقام بالمال والبدن والزكوة بالمال فقط فكان الحج اقوي وهو قول محمد وهما يقدمان علي الكفارات لرجحانهما عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يات في غيرهما قال الله تعالي والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الاية وقال الله تعالي فتكوي بها جباههم وجنوبهم وظهورهم وقال تعالي ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الي غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة علي صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر علي الاضحية للاتفاق علي وجوبها دون الاضحية وعلي هذا القياس يقدم الاقوي فالاقوي حتي تقدم كفارة القتل علي كفارة الظهار واليمين لانها اقوي واكثر تغليظا الا تري ان الاسلام شرط في التحرير فيها دونهما ثم تقدم كفارة اليمين علي كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالي وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة علي نفسه فكانت كفارة اليمين اغلظ واقوي وما ليس بواجب تقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا والاصل فيه ان الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض علي البعض الا العتق والمحاباة علي ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتاخير ما لم ينص عليه ولهذا الواوصي لجماعة علي التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يتقدم احد علي احد غير ان المستحق اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار ان الموصي يبدا بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة او حج او صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الي الخفة فاذا كان كذلك فلو اوصي لادمي مع الوصايا بحقوق الله تعالي وكان الادمي معينا قسم الثلث علي جميع الوصايا ما كان لله تعالي وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف علي الترتيب الذي ذكرناه ويقسم علي عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها وجه الله فكل واحدة منها في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين فتكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم جمع فيقدم فيها الاهم فالاهم علي ما بينا وان كان الادمي غير معين بان اوصي بالصدقة علي الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوي فالاقوي لان الكل يبقي حقا لله تعالي اذا لم يكن ثم مستحق معين **قال ومن اوصي بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا** اي

الوديعة تثبت اولا في الذمة ثم تنتقل الي العين

اذا اوصي بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج علي الوجه الذي لزمه **قال وان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث يبلغ** اي ان لم يبلغ الثلث النفقة اذا احجوا عنه من بلده احجوا عنه من حيث يبلغ والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصي بالحج علي صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن ولا يمكن الا علي هذا الوجه فيؤتي به علي وجه يمكن وهو اولي من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا اوصي بان يشتري عبد بمال قدره فضاع بعضه علي قول ابي حنيفة **قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصي بان يحج عنه يحج عنه من بلده وان احجوا عنه من موضع اخر فان كان اقرب من بلده الي مكة ضمنوا النفقة وان كان ابعد لا ضمان عليهم** لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وبالثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره علي الله لقوله تعالي ومن يخرج من بيته مهاجرا الاية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدا من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية تنصرف الي الحج من بلده لانه الواجب عليه علي ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالمتلو في حق احكام الاخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل **قال والحاج عن غيره مثله** اي المامور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتي يحج عنه ثانيا من وطنه عند ابي حنيفة وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال وجيرانه ملاصقوه وهذا عند ابي حنيفة وهو القياس لانه ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا احل عليه قوله عليه السلام الجار احق بسقبه حتي لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الي الجميع الا تري انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب صرفه الي اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته وتجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ففسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق معني الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الي اربعين دارا من كل جانب لقوله عليه السلام حق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند اهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي في الجار الساكن والمالك والذكر والانثي والمسلم والذمي لان الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما الا ان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملكه المولي الا بتمليك منه الا تري انه يجوز له اخذ الزكوة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا يدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة **قال واصهاره كل ذي رحم محرم من امراته** لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلي الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيدوا بالمحرم وقال الفراني قوله تعالي وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التي يحل تزوجها وعن ابن عباس خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا ومن الصهر سبعا حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم

الي الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره علي الله

اراد بالمتلو قوله تعالي ومن يخرج من بيته مهاجرا الاية

الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله صح

اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين قال
في المغرب عقيب ذكره قاله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه بعد ما هو المذكور في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم
محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحة او معتدته
من طلاق رجعي لا من باين سواء ورثت بان ابانها في المرض ام لا ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والباين تقطعه وقال الحلواني الاصهار
في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه او في عدة منه وفي عرفنا ابو المراة وامها ولا يسمي غيرهما صهرا
قال واختانه زوج كل ذات رحم محرم منه كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمي ختنا وكذا كل ذي رحم محرم
من ازواجهن لانهم يسمون اختانا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد قال
واهله زوجته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف
وهو مريد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امراته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة
ان الاسم حقيقة في الزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار باهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تاهل
ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال وآله اهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل
من ينسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير
فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينتسبون الى ابيه وانما ينسبون الى
آبائهم فكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان النسب يعتبر من الآباء قال وجنسه اهل بيت ابيه لان الانسان يتجنس
بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابة فلا تختص بشيء منهم وكذا
اهل بيته واهل نسبه كآله وجنسه فيكون حكمه كحكمه في جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب اصل النسب
والجد اصل نسب ابيه وقال في الكافي لو كان الاب حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو اوصت
المراة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب الى ابيه لا اليها الا ان يكون ابوه من قوم ابيها قال
وان اوصى لاقاربه او لذوي قرابته او لارحامه او لانسابه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان
والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له
في الاسلام وان لم يسلم بعد ان ادرك الاسلام او اسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الخلاف تظهر في مثل ابي طالب
وعلي رضي الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء احد من اولاد علي فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى اولاد ابي طالب
ومن شرط اسلامه صرفه الى اولاد علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول
الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هي مشتقة من القرابة فتكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اخته لان الاخت لا تخالف
الاخت في الاحكام لان المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذي الرحم
المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيد بما ذكر والشافعي قيد بالاب الادنى ولا يدخل
فيه قرابة الولاد عندنا لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن سمى ولده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اهل اللغة من
يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله
تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد
في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون وقيل ما ذكراه من انه يصرف الى اقصى اب له في الاسلام
كان في ذلك الزمان حيث لم يكن في اقرباء الانساب الذين ينسبون الى اقصى اب له في الاسلام كثرة فاما في زماننا ففيهم كثرة
لا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى اولاد ابيه وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة امه ولا يصرف الى اكثر من ذلك

في الوصية لاهل بيته يدخل الاب والجد

يستوي

ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين وانما يكون للاثنين فصاعدا عنده
لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها اخته قال الراجي عفو ربه هذا ظاهر
في الاقارب ونحوه واما في الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا يدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا
قال فان كان له عمان وخالان فهي لعميه لانهما اقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفى
بهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكون بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب قال ولو عم وخالان كان له
النصف ولهما النصف اي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما اوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى
الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذان
النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد
فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا انه لا بد من اعتبار
الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما
النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر يرد الى الورثة قال ولو عم وعمة استويا لان قرابتهما مستوية
ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقاها ولو كان له اخوال معهما لا يستحقون شيئا لانهما اقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال
النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند ابي حنيفة وعندهما لا تبطل
ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما قال ولولد فلان للذكر والانثى سواء اي لو اوصى لولد
فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى سواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شيء يقتضي التفضيل فتكون الوصية
بينهم على السواء قال ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين اي اذا اوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر
مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة وهي بين اولاده او اخوته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على
الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على ماخذ الاشتقاق فكانت هي العلة الا ترى ان الله تعالى لما نص على الوراثة
بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصي
لورثته قبل موت الموصي حتى تعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصي قبل موت الموصي لورثته بطلت الوصية بخلاف
ما اذا اوصى لولده لو كان مع الورثة موصى له اخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤوس ثم ما اصاب الورثة جمع وقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والله اعلم بالصواب

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال وصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وابدا لان المنافع يصح تمليكها
في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة
حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا
كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يملكه المورث وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث
فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة
والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصي يحتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له
يحتاج الى قضاء حاجته باي شيء كان قال فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث
لا يزاحمه الورثة فيه قال والا اي ان لم يخرج من الثلث خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة فيخدمهم اثلاثا هذا
اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة تخدم الورثة يومين
والموصى له يوما الى ان يمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة

بلغ مقابلة على خط المؤلف

خلافة المورث

فان مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضي تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزا وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصي له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بان يظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بينا قال وبموته يعود الى ورثة الموصي اي بموت الموصى له يعود العبد والدار الى ورثة الموصي لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتدا من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز قال ولو مات في حيوة الموصي بطلت اي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا اوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القايمة وغلته فيما يستقبل فحاصله انه اذا اوصى بالغلة استحقه دايما وبالثمرة لا يستحق الا القايم الا اذا زاد ابدا فح يصير كالغلة فيستحقه دايما وهو المراد بقوله وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا زاد في الثمرة لفظة ابدا صار كما اذا اوصى بغلة بستانه من غير زيادة شي حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيا اما الغلة فينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة اخرى اما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود ولا يتناول المعدوم الا بدليل زايد عليه وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن له في البستان ثمرة والمسلة بحالها فهي كمسلة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز لا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد يتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز قال وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال ابدا او لا اي اذا اوصى بهذه الاشيا كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما حدث بعد موته سوا قال ابدا او لم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشيا عنده فهذا هو الحرف لكن جاز الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلا تستحق بالوصية اولى لانها اوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا واما المعدوم منها فلا يستحق بشي من العقود فكذا بالوصية ثم لمسايل هذا الباب وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شي من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله اعلم

باب وصية الذمي

قال ذمي جعل داره بيعة او كنيسة في صحته فمات فهي ميراث لانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا واما عندهما فلان هذا

معصية

معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم بقي اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عنده نتركهم وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرز عن حقوق الناس فصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فانها للمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا على ما يجي بيانه قال وان اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث اي اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة لناس معينين فهو جايز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على المعينين قال وبدار كنيسة لقوم غير مسمين صحت كالوصية لحربي مستامن بكل ماله لمسلم او ذمي اي اذا اوصى بداره ان يبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما يصح وصية حربي الى اخره اما الاول وهو ما اذا اوصى بان تبنى داره كنيسة لغير معين فهو قول ابي حنيفة وعندهما الوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بنا على معتقدهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة وهي معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بنايها وبين الوصية بها ان البنا ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى على ما بينا فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير ان ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا اوصى ببنايها في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى بان تذبح خنازيره ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان كان القوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك حاصله ان وصايا الذمي ثلثة اقسام منها ما هو جايز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او بان يغزى الترك وهو من الروم سوا كان لقوم معينين او غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفي معتقدهم ايضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا اوصى للمغنيات والنايحات او اوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او ببنا المسجد للمسلمين او بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبنا الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع قد ذكرنا هذا النوع في اول الباب فحاصله ان وصيته لقوم معينين يجوز في الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاوا لانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته قال صاحب الهداية في المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم فجعلها كالذمية وقال السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو ربه الاشبه

وصايا الذمي على ثلثة اقسام

وصي صاحب الهوى

ان يكون كالذمية فيجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كانه اراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية
وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم
صح منه وهذا عندهما واما عند ابي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتد نافذة بالاجماع لانها لا تقبل عندنا وقال قاضي خان
المرتدة الصحيح انها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا واما الثاني وهو ما اذا اوصى الحربي لمسلم فلانه اهل للتمليك
منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو اوصى باكثر من الثلث او بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس
لورثته حق مرعي لانهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وقد اسقط حقه فيجوز ه
وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي ولو اوصى ببعض ماله
اخذت الوصية ورد الباقي الى ورثته وكذا لو اوصى لمستامن مثله ولو اعتق عبده عند الموت او دبره جاز ذلك كله من غير
تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا يصح
عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف وصية المسلم والذمي للحربي المستامن
لا يجوز لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول اظهر لان الوصية تمليك مبتدا ولهذا يجوز
للذمي والعبد بخلاف الارث ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز كالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع
الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث
ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها اخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان يجوز كالمسلم ولو اوصى لمستامن في دار الاسلام
ينبغي ان يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم

باب الوصي

قال رحمه الله **اوصى الى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد** اي عند الموصي لان الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يوصي
الى غيره **قال ولا** اي ان لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير
وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد
حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا **قال وبيعه التركة
كقبوله** اي بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع
لصدوره من الوصي سواء علم بالايصاء او لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة كثبوته في حال قيام
ولاية الموكل فلا تصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا فلا بد من العلم وطريق العلم به ان يخبر واحد من اهل التمييز وقد ذكرنا
فيما تقدم اما الايصا فخلافه لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة **قال وان مات فقال لا اقبل
ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا اقبل** اي الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم
يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصا لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصي في
الابقا مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه
فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كان له اخراجه بعد قبوله او لانه نصب ناظرا فاذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب
غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع
الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه
قال والى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم اي اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم
وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد في
الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطلة ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى

يبتني

تبتني على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر
بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية
ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله
بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه
كالجواب في القن والصبي كالقن فلو بلغ الصبي وعتق العبد واسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية **قال والى عبده
وورثته صغار صح** اي اذا اوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصا اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه الولاية تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع
ولابي حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار والايصا الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف
اذا كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصا اليه وكذا ليس له بيعه والايصا
الى المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا اليهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما رواه الحسن عن ابي حنيفة كما اذا اوصى الى رجلين
احدهما يكون في الدين والاخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى
ابطال اصله وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية اولى من ابطال اصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب يروى مع
ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف **قال والا لا** اي ان لم تكن الورثة صغارا بان كان كلهم او بعضهم كبارا لا يجوز
الايصا اليه لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء فلا يفيد **قال ومن
عجز عن القيام بها ضم اليه غيره** لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان تكميل صح
النظر يتم باعانة غيره ولو شكا الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على
نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو امين
فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى انه قدم على اب الميت مع
وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا اشتكت الورثة او بعضهم الوصي اليه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه
خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من
النظر في ابقائه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات
ولا وصي له **قال وبطل فعل احد الوصيين** اي اذا اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف في مال الميت فان
تصرف فيه فهو باطل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف
فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره
الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما
بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار وقال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره
ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
بالاجماع والفرق ان ضم الثاني في الايصا دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان الايصا الى الثاني يقصد به
الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الى غيره على
انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصا اليهما معا ولا كذلك
الوكالة فان راي الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل واحد

منها بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف
فيهما معا فابو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد
كلا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذي كان
ثابتا للموصي وقد كانت بوصف الكمال فينتقل اليه كذلك ولان اختيار الموصي اياهما يوذن اختصاص كل واحد منهما بالشفقة
فصار كمواضع الاستثناء ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد
اذ راي الواحد لا يكون كراي المثنى ولم يرض الموصي الا بالمثنى فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو
لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان
الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه وهاهنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى
مخيرا في التصرف ففي الوليين اوفى حقا على صاحبه وفي الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفا دين
عليهما ونظير الثاني استيفا دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثنا لانها من باب الضرورة لا من
باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دايما وهو ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال في غير
التجهيز وشرا الكفن لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران ايضا في الحضر والرفقة في السفر وحاجة الصغار
والاتهاب لهم لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد احدهما بذلك احيا الصغار ولهذا يملكه كل من هو في يده
ورد وديعة عين وقضا دين لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة الا ترى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر
به بخلاف اقتضا دين الميت لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة
ورد المغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به احدهما بدون صاحبه
وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيه
متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين ايضا ومن اخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجمع الاموال الضايعة
لان في التاخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا يخفى ولانه يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية ولو
مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم
القاضي اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت واما عند ابي يوسف فلان الحي منهما وان كان يقدر على التصرف
فالموصي قصد ان يخلفه وصيان يتصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الاول قال
ووصي الوصي وصي في التركتين اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال
الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصا الى غيره فلا
يملكه ولانه رضي برايه ولم يرض براي غيره فصار كوصي الوكيل فانه يكون وصيا في مال الوكيل خاصة دون
مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب فكذا الوصي
ليس له ان يوصي في مال الموصي اليه ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يتقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم
عليه كالوكيل لما لم ينتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصا والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل
الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصا فيه فكذا الوصي وهذا
لان الايصا اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في
التركتين ولانه لما لم يرض براي من اوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه

انه

مواضع الضرورة مستثناة دايما

انه يعترضه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو بلا في
ما فرط فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بتوكيل
او ايصا قال وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا اي قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جايزة
وعكسه لا يجوز وهو ما اذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه
به ويصير مغرورا بشرا المورث والوصي ايضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فنفذت قسمته
عليه حتى لو حضر الغايب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل
وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرا الموصي فلا يكون خصما عنه
عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه
امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الورثة كبارا او صغارا الا انه
ولاية البيع في مال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار لانه محفوظ
بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا في معنى البيع فلا يضمن قال فلو قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث
ما بقي اي لو قاسم الوصي الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا ان الموصى له شريك
الورثة فيرجع الموصى له على ما في ايدي الورثة ان كان باقيا فياخذ ثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في ايديهم فله
ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شا ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن ايهما شا
قال وان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده او دفع الى من يحج عنه فضاع في يده حج عن الميت بثلث
ما بقي اي اذا اوصى بان يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الموصي يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل
ليحج عنه فضاع ما دفع اليه يحج عنه بثلث الباقي وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان كان المفرز مستغرقا للثلث بطلت
الوصية ولا يحج عنه وان لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقي من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لا يحج عنه بشي وقد
قررناه في المناسك قال وصح قسمة القاضي واخذه حظ الموصى له ان غاب اي ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة
وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز
نصيب الغايب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض في يد القاضي او امينه لم يكن له على الورثة
سبيل ولا على القاضي وهذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز اخذه لاحد الشريكين من غير قضا
ولا رضي وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز
فكذا القسمة قال وبيع الوصي عبدا من التركة بغيبة الغرما اي صح بيع الوصي عبدا لاجل غيبة الغرما لان الوصي قايم
مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حيوته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرما فكذا الوصي لقيامه مقامه
وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد الماذون له في
التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرما به حق الاستسعا بخلاف ما نحن فيه قال وضمن الوصي ان باع عبدا اوصى
ببيعه وتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده معناه اذا اوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن
للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذا عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم
فقد اخذ البايع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع في تركة الميت لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يرجع الوصي على احد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع

هذا على ان يكون التركة تالفا في ايدي الورثة بخلاف ما اذا هلكت ... كما سبق ... سطر

قاسم زاده

عليهم بشيء ثم رجع الي ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها
ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم انه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي وامينه اذا تولي البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضا لانه يمتنع عن التقلد تقلد الامانة
خشية لزوم الضمان فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في اخر
كتاب القضا وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفا لم يرجع بشي كما في ساير ديون الميت وفي المنتقي لا يرجع الوصي في مال
الميت بشي وانما يرجع علي المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم قال وفي مال الطفل ان باع
عبده واستحق وهلك الثمن في يده اي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير
لانه عامل له قال وهو علي الورثة في حصته اي الصبي يرجع علي الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال وصح احتياله بماله لو خيرا اي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بان يكون الثاني املي اذ الولاية
نظرية وان كان الاول املي لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم علي بعض الوجوه وهو علي تقدير ان يحكم بسقوطه حاكم يري
سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا او جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يري رجوع الدين الا الاول قال وبيعه وشراؤه
بما يتغابن اي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن
الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب
حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصي يتصرف بحكم النيابة
الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من اهله ولا مفوض اليه وهذا اذا
باع الوصي للصغير مع الاجنبي واما اذا اشترى شيا من مال اليتيم لنفسه او باع شيا من نفسه جاز عند ابي حنيفة واحدي الروايتين
عن ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او يشتري ما يساوي
عشرة بخمسة عشر لنفسه من الصغير واما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلي قول محمد واظهر الروايات عن
ابي يوسف انه لا يجوز علي كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيل ولا ان يشتري
شيا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر علي الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتاخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي
بيع عقار الصغير الا ان يكون علي الميت دين او يرغب المشتري فيه بضعف الثمن او يكون للصغير حاجة الي الثمن قال الصدر
الشهيد وبه يفتي قال وبيعه علي الكبير في غير العقار اي بيع الوصي علي الكبير الغايب جايز في كل شي الا في العقار لان الاب
يلي ما سوي العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه علي
الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه
واما العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الي البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن
مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الي اكثر من ذلك وعند ابي حنيفة جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا
ثبت في البعض ثبت في الكل لانها لا تتجزي ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر
قال ولا يتجر في ماله اي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ووصي الاخ او العم او الام في
مال تركها ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب لان الوصي قايم مقام الموصي فكان للموصي ان يتصرف في مال نفسه
فكذا لوصيه ان يبيعه للحفظ بخلاف مال اخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قايم مقام الموصي
وليس لواحد من هولاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف الاب او الجد اب الاب حيث يكون له ولاية التصرف في
مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه ميراثا له لانه قايم مقام الموصي وللاب او الجد التصرف في جميع ماله فكذا الوصيه
قال ووصي الاب احق بمال الطفل من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب عند عدمه حتي احرز

بيع عقار الصغير للوصي لا يجوز الا [illegible]

بيع الوصي علي الكبير الغايب جايز في غير العقار

لو كان عليه دين باع العقار

وصي الاب احق بمال الطفل من الجد

بلغ مقابلة علي خط المصنف

ميراثه فيتقدم علي وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصا فكانت ولايته قايمة معني فيتقدم عليه كالاب نفسه
وهذا لان اختيار الوصي مع علمه بوجود الجد يدل علي ان تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد قال فان لم يوص
الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتي ملك الانكاح دون الوصي غير انه ان اوصي الاب يقدم عليه
الوصي في التصرف في المال لما بينا دون غيره وان لم يوص يبقي علي حاله فصل في الشهادة قال
شهد الوصيان ان الميت اوصي الي زيد معهما لغت اي بطلت الشهادة لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد
للتهمة فاذا ردت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي اخر معهما للميت واقرارهم حجة علي انفسهم
فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصيا الثلث وجاز ذلك للقاضي مع وجود
الوصي لامتناع تصرفهما بدونه فصار كانه مات ولم يوص الي احد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف قال الا ان يدعي
زيد اي يدعي انه وصي معهما حتي تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول ووجه الاستحسان انه يجب
علي القاضي ان يضم اليهما ثالثا علي ما بينا انفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي
اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب له وصيا ابتدا فهذا اولي قال وكذا الابنان اي اذا شهد الابنان
بان اباهما اوصي الي رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الي انفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل
شهادتهما لقول شريح رضي الله عنه لا اقبل شهادة خصم ولا مريب اي المتهم وان ادعي المشهود له الوصاية تقبل استحسانا علي
انه نصب وصي ابتدا علي ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهد ان اباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة
حيث لا يقبل سوا ادعي الرجل الوكالة او لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية قال
وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال اي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما
في ذلك المال فصارا متهمين قال او لكبير بمال الميت اي لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما ايضا
لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع
ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصي ابا حيث لا تقبل شهادتهما
في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين ولهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير
وقيد به في الكبير وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين اي فيما تركه الموصي وغيره لان ولاية
التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا علي ما بينا والحجة عليهما
ما بيناه قال ولو شهد رجلان لرجلين علي ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثله تقبل وان كانت
شهادة كل فريق بوصية الف لا وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا ويروي ابو حنيفة مع محمد
ويروي مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وروي الحسن عن ابي حنيفة انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة
ان شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعي الشاهدان بعد ذلك علي الميت بالف درهم فشهد لهما الغريمان الاولان
تقبل وجه قول محمد رحمه الله ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتي فلا شركة فيه اذ لم يجب بسبب واحد
ولهذا لا يختص احدهما بما قبض ولا يكون للاخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الي التركة الا تري ان التركة لو
هلكت لا يسقط الدين وان للوارث ان يستخلص التركة بقضا الدين من محل اخر فلا يتمكن الشركة بينهم فصار كما اذا شهد
الفريقان في حال حيوته بخلاف الوصية فان حق الموصي له يتعلق بعين التركة حتي لا يبقي بعد هلاك التركة وليس للوارث ان
يستخلص التركة ويعطيه من محل اخر لو قبض احد الفريقين شيا كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه
حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولابي يوسف رحمه الله ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت
الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق يلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسئلة

الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حال الحيوة لان الدين في ذمته بعد بقايها لا في المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية
الحسن انها اذا جامعا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فيرد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى
وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شايع كالوصية بالدراهم المرسلة
فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان انه اوصى لرجلين بعين كالعبد
وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله او بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة
بخلاف ما اذا شهد رجلان لرجلين انه اوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين انه اوصى لهما بعين اخر حيث
تقبل الشهادتين لانه لا شركة ولا تهمة والله اعلم بالصواب

كتاب الخنثى

قال هو من له فرج وذكر اي الخنثى من له فرج المراة وذكر الرجل ويلحق به من عري عن الالتين جميعا وهو في اللغة
يدل على التكسير واللين ومنه يقال تخنث في كلامه اذا لان وتكسر اعلم ان الله تبارك وتعالى خلق البشر ذكرا وانثى
كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد
منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل
علامة التمييز بينهما الالة ثم قد يقع الاشتباه بان توجد الالتان ولا يوجد التمييز قال فان بال من الذكر
فغلام وان بال من الفرج فانثى لانه عليه السلام سيل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي
ان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامراة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل
بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا ياخذه النوم لتحيره وكانت له بنية تغمز رجله فسالته عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع
الحال واتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فاقره الشرع
ولان البول من اي عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك انما يقع به الفصل عند
الولادة لان منفعة تلك الالة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من امه وما سوى ذلك من المنافع تحدث بعده فعلم بذلك
انه هو الاصلي قال وان بال منهما فالحكم للاسبق لانه دليل على انه هو العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه
لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الالة الاخرى قال فان استويا اي في السبق فمشكل لعدم المرجح
قال ولا عبرة بالكثرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه هو العضو الاصلي ولان
للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة ما يخرج ليس يدل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه
لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين
والاربعة وقد استقبح ابو حنيفة اعتبار ذلك فقال وهل رايت قاضيا يكيل البول بالاواقي قال فان بلغ وخرجت
له لحية او وصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر لان هذه من علامات الذكور قال وان ظهر له ثدي او لبن
او حاض او حبل او امكن وطيه فامراة لان هذه من علامات النساء قال وان لم يظهر له علامة او تعارضت
فمشكل لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن انه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المراة بواحد قال فيقف
بين صف الرجال والنساء لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون انثى فان كان ذكرا تفسد صلوته بالوقوف في صف النساء
وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان انثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء وان وقف في صف النساء فان كان بالغا يعيد صلوته حتما
ان كان مراهقا يستحب له ان يعيد والاصل في احكامه ان يوخذ بالاحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه
الصلوة احتياطا لاحتمال انه امراة ويستحب ان يصلي بقناع لاحتمال انه امراة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس في صلوته
جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جايز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال
قال ويبتاع له امة تختنه يعني من ماله لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان انثى ويكره ان

تختنه

تختنه رجل لاحتمال انه انثى او امراة لاحتمال انه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا لانه لا يحرم على تقدير ان يكون ذكرا وعلى
تقدير ان يكون انثى نظر الجنس اخف قال فان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع لان بيت المال اعد لنوايب المسلمين
فتدخل في ملكه بقدر الحاجة وهي حاجة الختان فاذا ختنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو زوج امراة تختنه ثم طلقها
جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان انثى فنظر الجنس اخف ثم يفرق بينهما لاحتمال انه انثى فلا نكاح بينهما ويطلق
لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة به ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلي وان ينكشف
قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من غير محرم او مع امراة من محارمه لاحتمال
انه امراة فيكون سفر امراتين بلا محرم كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرم وان احرم وهو مراهق قال ابو يوسف لا علم
لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان
ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شي عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق او عتاق ان كان
اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شي حتى يستبين امراة لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال
كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين امراة لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين
لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل ذكر في النهاية معزيا
الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف
خلافه قال الاترى ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها بان قالت في
مدة لا تنقضي في مثلها العدة والاول ذكر في الهداية وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل
الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا
امراة لاحتمال انه ذكر او انثى ويستحب ان يسجى قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا لا يضر التسجية واذا
اراد ان يصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل
لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال
انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر واحد وان دفن مع امراة
قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب لاحتمال انه عورة ويكفن في خمسة اثواب كما
تكفن المراة فهو احب لاحتمال انه انثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه انثى قال رحمه الله وله اقل النصيبين
اي لو مات مورثه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطي
الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شي له مثاله اخوان لاب وام احدهما خنثى مشكل كان المال بينهما
اثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر انثى لانه اقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امراة زوجا واما
واختا لاب وام هي خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على انه عصبة لانه اقل ولو قدر
انثى كان له النصف وكانت المسلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا واما واخوين من ام واخا لاب وام هو خنثى
كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شي للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شي ولو قدر انثى
كان له النصف وعالت المسلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد اخ هو خنثى وعما لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر
الخنثى انثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبي للخنثى
نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وعن ابن عباس مثله لانه مجهول والتوزيع على الاحوال عند القسمة طريق
معهود في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت المولى قبل البيان ولنا ان الحاجة الى
اثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر على الميراث بخلاف المستشهد

لان فيه سبب الاستحقاق متيقن وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من العبدين والميراثين بحكم ذلك السبب
ثابته لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح احدهما على الاخر وفيما نحن فيه الشك وقع في السبب الاستحقاق لان
وصف الذكورة والانوثة سبب لاستحقاق المقدار وان كان اصل القرابة سببا لاصل الارث والمزاحم للخنثى متيقن
بسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا تنقيصه بالشك **قال فلو مات ابوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى**
سهم لانه الاقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشعبي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى واختلف ابو يوسف ومحمد
في تخريج قول الشعبي فقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده
فان الذكر لو كان وحده كان له المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى له نصف المال فياخذ نصف النصيبين
نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة
وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع وليس للمال كل وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما في جميع حقه
اعتبارا لطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد
منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته
من اثنين وعلى تقدير انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير انه انثى ه
سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر ه
فيكون للخنثى ستة على تقدير انه ذكر واربعة على انه انثى فياخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف
الاربعة اثنان هو اعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره ايضا من الورثة حتى ياخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه
على التقديرين الا ترى ان الابن ياخذ في هذه المسالة سبعة لان نصيب الابن على تقدير ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى
ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كانت معهما بنت فعند ابي يوسف تكون المسالة من تسعة لان نصيب البنت النصف
حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة ارباع حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما فيبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله لمخرج الخمس
والثمن لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج ه
الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخرى يبلغ اربعين ومنها تصح المسالة فللخنثى خمسها
ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير ان الخنثى انثى الربع عشرة وعلى تقدير انه ذكر الخمس ثمانية فيكون
لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير انه انثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف
نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير انوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر
وعلى هذا المخرج لو كانوا اكثر من ذلك على المذهبين فابو يوسف يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن اربعة ولكل خنثى ثلاثة لو كان
من كل جنس مائة نفس ومحمد يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على
التقديرين ولو كان معهم ذو سهم اخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين ويروى عن ابي يوسف مثل قول ه
الشعبي قالوا رجع اليه اخرا وقال شمس الايمة خرجا قول الشعبي ولم ياخذا به ولو اوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان
ذكرا وبخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى اعطي الاقل ويوقف الباقي حتى يتبين امره وعلى قياس قول الشعبي يجب له سبعمائة
وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن احكام الخنثى المشكل انه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج
امه الا اذا تبين انه ذكر لاحتمال انه انثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امراة لا تتزوج بابيه لما ذكرنا وان زوجه
ابوه او مولاه امراة او رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امراة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان
صحيحا والا فباطل لعدم مصادفة المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى اخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر ان احدهما ذكر والاخر
انثى وان ظهر انهما ذكران او انثيان بطل النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبين لان الارث لا يجري الا بعد الحكم بصحة النكاح

ولاحد

ولاحد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه ان كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه ان يجامع وان كان امراة
فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده او قطع هو يد رجل او امراة فلا يجب فيه القصاص لان القصاص لا يجري في ه
الاطراف بين الرجال والمراة فلا يجب بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد او قطعه عبد او كان هو رقيقا فقطع يده لان
القصاص لا يجري بين الحر والعبد ولا بين العبدين لما بينا من قبل بخلاف ما اذا قتل او قتل هو بعد البلوغ حيث يجري القصاص
بانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بيناه وفي الشهادة يجعل انثى لانه المتيقن به والله اعلم **مسايل شتى** ه ه
قال ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود وقال
الشافعي رحمه الله يجوز كتابته وايماؤه في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين ان يكون
اصلا او عارضا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت
معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان
التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف
الزوال دون الاصل فلا يقاس احدهما على الاخر وفي الاية عن قتادة بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل
الصدقات ند فرماه رجل بسهم فسمى فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا
بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ثم قدر الامتداد هنا التمرتاشي بسنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة فقال ان دامت
العقلة الى وقت الموت يجعل اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان
كالاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام بالاشارة
والكتابة حتى يجوز بياناته من القادر فما ظنك من العاجز الا ترى انه عليه السلام كان افصح العرب ومع هذا ابتلي بالاشارة يقول
الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن ناى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم بلغ الرسالة الى الغيب
بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز ففي حق الاخرس اولى لانه عجزه اظهر والزم
عادة لان الغايب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على
ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو ان يكون معنونا اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به
العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران واوراق الاشجار
او على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شي اخر
اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه قد يكون للتجربة وقد يكون للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين الجهة
قيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع
ولا يثبت به شي من الاحكام وان نوى **قال لا في حد** اي لا يكون اشارته وكتابته كالبيان في الحدود لانها تندرئ
بالشبهة لكونها حق الله تعالى ولا حاجة الى اثباتها ولعله كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو
القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا وفي القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص
بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى ان الشهود لو شهدوا ه
بالوطي الحرام او اقر هو بالوطي الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وان لم
يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير المعاوضات التي
هي حق العبد اما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البدلية اصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم
الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب في الاخرس كذلك فيكون
في الغايب والاخرس روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لان الغايب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك

الاخرس لتعذر النطق في حقه للآفة التي به فدلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمه الله ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة اقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او راسه فصارت اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الاخر بل يخير ولهذا ذكر بكلمة او وهي للتخيير والواقف من صمت يوما او يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لا يجوز بالايما والكتابة اقراره وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال غنم مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى واكل والا لا وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير الضرورة ولا ضرورة في حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن او الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة اكثر او استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز عنه قال لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شي وانما يبتل بالمجاورة بالنداوة وبذلك لا يتنجس به وذكر المرغيناني ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه ياخذ بللا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لان اليابس النجس ياخذ بللا من الطاهر ولا ياخذ الرطب من اليابس شيا ويحمل على ان مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شي وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على اخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضي خان في فتاواه اذا نام الرجل على فراش فاصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر اثر البلل في بدنه لا يتنجس جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم اصاب بلل الفراش جسده وظهر اثره في جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى على ارض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر اثر تلك الارض في رجله فصلى جازت صلوته وان كان بلل الما في الرجل كثيرا حتى ابتل به وجه الارض وصار طينا ثم اصاب الطين رجله لا تجوز صلوته ولو مشى على ارض نجسة رطبة ورجله يابسة يتنجس قال راس شاة متلطخة بالدم احرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل لان النار تاكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شي او تحيله فيصير رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست مسحة الخباز تطهر بالنار قال سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لانهما حق جماعة المسلمين ولابي يوسف رحمه الله ان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقرا على الخلوص كالزكوة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى قال ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز معناه ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض واداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة اي يوجر الاراضي للقادرين على الزراعة وياخذ الخراج من اجرتها ويدفع الفضل الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستاجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة فانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها ياخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل على اصحابها ثم قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند ابي حنيفة رحمه الله

فلا يملك ذلك ولا يبيعها لكن يامر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين غير من الديون ان في هذا الالزام ضرر خاص لنفع العام ولازالة الضرر على العام وذلك جائز عنده الا ترى انه يرى الحجر على الطبيب والمفتي الجاهل والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة فجاز ما ذكرنا الدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد الماذون له في التجارة ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيها لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر في النوادر عن ابي حنيفة رحمه الله ان اهل الخراج اذا هربوا ان شا عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شا دفع الى قوم واطعمهم على شي فكان ما ياخذ للمسلمين لانه فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على اربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قد رما ينفق في عمارتها قرضا لان الامام مامور بتثمير بيت المال باي وجه يتهيا له قال ولو نوى قضا رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضا الصلاة صح وان لم ينو اول صلوة او اخر صلوة عليه معناه لو كان عليه قضا صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين او اكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن رمضانين ايضا يجوز وكذا قضا الصلوة يجوز وان لم يعين الصلوة ويومها ولم ينو اول صلوة عليه او اخر صلوة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح انه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين انه صام عن رمضان سنة كذا على ما يبين وكذا في قضاء الصلوة لا يجوز ما لم يعين الصلوة ويومها بان يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه جاز لان الصلوة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه اولا او اخرا فاذا نوى اول صلوة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا فيدخل في نيته اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الاخر وهذا المخلص من لم يعرف الاوقات التي فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد اداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتادى بنية فرض اخر فلهذا وجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون نية التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين او العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم اخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم اخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضي يوم بعينه فصامه بنية يوم اخر او كان عليه قضا صوم يومين او اكثر فصام ناويا عن قضا يومين او اكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين او عن رمضان اخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى ظهرين او ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا ادا الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات ان نية التعيين في الصلوة يشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكر اصحابنا مثل قاضي خان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر لو كان كما قاله لجاز مع وجوب الترتيب ايضا لامكان صرفه الى الاول اذا لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه والا لا اي اذا ابتلع الصائم ريق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضا دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال قتل بعض الحجاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الادا على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا ياثم بذلك فقد ذكرناها مستوفاة في المناسك

الامام

وذكرنا الخلاف فيها فلا نعيدها قال منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها فلتنشز لانها
حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل
غيرها هذا اذا منعت ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها
عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها
بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله او بخلاف ما اذا كانت ساكنة
معه في منزله ولم تمكنه من الوطي لانه يمكنه الوطي كرها غالبا فلا يعد منعا قال ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا
اي لا تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام قال رحمه الله قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة ليس
لها ذلك لانه لابد له من خدمة فلا يمكن منعه من ذلك قال قالت مرا طلاق ده فقال داده كير وكرده كير او داده
باد وكرده باد ينوي ولو قال داده است وكرده است يقع نوى او لا ولو قال داده انكار وكرده انكار لا يقع وان
نوى دي مرا نشايد تا قيامت او همه عمر لا يقع الا بنية جيلت زنان كن اقرار بالثلث جيلت خويش كن لا كابين ترتيب
تخسيدم مرا رحيك باز دار ان طلقها سقط المهر والاعدة قال قال لعبده يا مالكي او قال لامته انا عبدك
لا يعتق لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له فلا يكون فيه شي مما يقتضي العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبي عن
حقيقة الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي او انا عبدك حقيقته تنبي عن ثبوت
الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا لعدم قدرته على ذلك ولا مقتضيا لان من شرطه ان يثبت
المقتضي فيثبت في ضمنه المقتضي وثبوت المقتضي وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضي بدونه قال
بتر من سوكند است كي اين كار نكنم فهو اقرار باليمين بالله تعالى وان قال بتر من سوكند است بطلاق لزمه ذلك قال
قال قلت ذلك كذبا لا يصدق ولو قال مرا سوكند خانه است كي اين كار نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق قال باع
عقارا بارده فقال البائع باز دهم يكون فسخا للبيع قال العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم
يبرهن المدعي اي اذا ادعى عقارا لا يكتفي بذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة
البينة انه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو
شرط فيها او يحتمل ان يكون في يد غيره فبإقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده لان
اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة قال عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه لانه لا ولاية له
في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان
على من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر فقضى وان خرج وحده لم يجز
قضاؤه فهذا ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين
وعن ابي يوسف ان المصر شرط فيه واليه اشار محمد ايضا في كتاب ادب القاضي فقال ان المصر شرط لنفوذ القضا قال
اذا قضى القاضي في حادثة ثم قال رجعت من قضائي او بدا لي غير ذلك او وقعت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي
ونحو ذلك لا يعتبر والقضا ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان رأيه الاول قد ترجح بالقضا فلا ينقض
باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضى
لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل
القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه ويستانف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في
حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رايه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضايه لان حدوث الاجتهاد
والراي دون نزول القران والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضا الذي قضى بالراي بالقران الذي نزل بعده فهذا اولى

خلاف ما

خلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضا ورسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى باجتهاده ونزل القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده
فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا الا انه خفا عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه
وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القران بخلافه صار ناسخا
لذلك الشريعة قال رحمه الله خبا قوما ثم سال رجلا عن شي فاقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت
شهادتهم اي اذا خبا رجل جماعة في مكان ثم سال رجلا اخر عن شي مثل دين له عليه فاقر به المسول والجماعة يرونه
ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو
الركن في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع قال وان سمعوا كلامه ولم يروه لا اي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل
ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه
ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل
لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه قال باع عقارا وبعض اقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعاه
لا يسمع اي لا يسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث عينه فقال لو باع عقارا وابنه او امراته حاضر
يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا يسمع
مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع
وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتغييرهم بالقرب
ينبغي جواز ذلك مع الغريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان فقال ومن باع دارا وكفل عنه رجل
بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم
تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزلت منزلة الاقرار
بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع اي ليست بشرط فيه ولا هي
باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك
باع وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين ولو باع
ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه وان اراد تحليف المدعى عليه
ليس له ذلك وان اقام البينة على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت
انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو اصوب واحوط لانه باقامة البينة ان الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا لنفسه
فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع الاصغر اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمل الرضا والسخط
وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع قال وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه
وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له اي للزوج والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت
يفيد الملك وان كانت للورثة الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه
الضمان ان مات المورث في ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي
العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر قال اقر بدين او عين ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له
على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه الاقرار ليس بسبب للملك وهذا قول ابي يوسف

وهو استحسان وعندهما يومر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك ووجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم ياخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه **قال** لو قال لاخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت ارضي عليك وقفا فسكت ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري **قال** وكلما بطلا فهما لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا يكون وكيلة بخلاف الاجنبي **قال** وكذلك بكلما الا اني متى عزلتك فانت وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك اي ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية **قال** ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله العمر لان كلمة كلما تقتضي تكرارا لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل اخر لانه كلما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لانه يحتاج الى عزل اخر بعد الرجوع وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول اوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه ان انعزل كلما توكل لاجل اليمين الثانية يتوكل ايضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دايما وكيلا معزولا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا **قال** قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير او على شيء اخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الداين بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا او بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه السلام عن الكالي بالكالي وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره **قال** والا لا اي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع عن عين متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مالا كما اذا وقع الصلح عن شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل **قال** ادعى رجل على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان للمدعي بينة جاز ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن وان لم يكن له بينة او كانت غير عادلة لا لانه متى كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل القيمة او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه كان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فياخذ فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشرا من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة او كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيف ما كان لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير ان يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل او باقل قدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه **قال** لو قال لا بينة لي ثم برهن او لا شهادة لي فشهد تقبل ومعنى الاول ان يقول المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة

انها

انها لا تقبل لانه اكذب بينته ومعنى الثاني ان يقول للقاضي لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت وكذا اذا قال المدعي ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روي ذلك عن ابي حنيفة لانه يحتمل ان يكون له شهادة قد نسيها او لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان الاخفاء عليه فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعا عليه حقا حيث لا يسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى اذا قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بحجة يقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لي او قال ذلك لعبد ثم اقام بينة ان الدار والعبد له يقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لاحد **قال** رحمه الله للامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا راى في ذلك مصلحة لهم كان له ان يفعله من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا راى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نايبه فكان فيه مثله **قال** من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح اي جاز البيع لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالداين اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير **قال** خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح **قال** وان اكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضى شرط فيه على ما بيناه من قبل في كتاب الاكراه **قال** ولو احالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون او وهبه **قال** اتخذ بيرا في ملكه او بالوعة فنز منها حايط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحايط منه لم يضمن لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن **قال** عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لان الملك لها وقد صح امرها بذلك فينتقل الفعل اليها فيكون كانها هي التي عمرته فتبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها لصحة امرها فصار كالمامور بقضاء الدين **قال** ولنفسه بلا اذنها فله اي اذا عمر لنفسه من غير اذن المراة كانت العمارة له لان الالة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا لعرصتها وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك **قال** ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع اي اذا عمر لها بغير اذنها كان البناء لها وهو متطوع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان متبرعا **قال** ولو اخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن اي لا يضمن النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكذا لو دله السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه ضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكذا لو امسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا **قال** في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع هذا المال والا اقطع يدك او اضربك خمسين فدفع لم يضمن اي لا يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره او على الاخذ ايهما شاء المالك ان كان الاخذ مختارا والا فعلى المكره فقط

قال وضع منجلا في الصحرا ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجا في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يوكل
لان الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة او المتردية المذكورة في الاية وتقييده باليوم
الثاني وقع اتفاقا حتى لو وجد ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال كره من الشاة الحيا والخصيه والغده
والمثانه والمرارة والدم المسفوح والذكر لما روى الاوزاعي عن واصل بن ابي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى
الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغده والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره
الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه
الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وروي ان ابن عمر سيل عن القنفذ فتلا
قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية فقال شيخ عنده سمعت ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه
وسلم فقال خبيث من الخبايث فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قال. ذكره القدوري قال
للقاضي ان يقرض مال الغايب والطفل واللقطة لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت بالحفظ به بخلاف الاب والوصي
والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاصه فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشد ان ينبغي
ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى ان يجوز قال صبي حشفته
ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره الا بتشديد يترك كشيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق
الختان لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يواري الحشفة
يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف
وما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل ان الختان سنة كما جا في الخبر وهو من شعاير الاسلام وخصايصه
حتى لو اجتمع اهل مصر او قرية على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر
فيترك قال ووقته سبع سنين اي وقت الختان سبع سنين وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة — وقت الختان
ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل اقصاه اثنا عشر سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر
سنين لانه يومر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق
الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وقال ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن ابي يوسف ومحمد فيه شي واما
المشايخ اختلفوا فيه وختان المراة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانه الذ في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال
الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود عليه وفي الختان اقامة السنة وتعود اليه ايضا مصلحة لانه جا في
الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب اذن — يجوز ثقب اذن البنات
البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في زمنه عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل — للحامل ان تحتجم ولا تفتصد
لا تفعل ما يضر بالولد وينبغي لها ان تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا باس به ما لم تقرب الولادة فاذا قرب فلا
تحتجم لانه يضر واما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهايم وكيها وكل
علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهايم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تاكل الحمام والدجاج لازالة الضرر — جاز قتل الهرة اذا كانت تاكل الحمام والدجاج
ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فايدة قال والمسابقة بالفرس والابل
والارجل والرمي جايزة لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر واذن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لسلمة بن الاكوع ان يسابق رجلا انصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهري كانت المسابقة
بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل فيباح قال وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من احد
الجانبين لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن معنى الجعل من الجانبين

ان يقول ان سبق فرسك فلك علي كذا وان سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القمر
الذي يزداد تارة وينتقص اخرى وسمي القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز ان يذهب ماله الى
صاحبه ويجوز ان يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص في كل واحد منهما فصار قمارا وهو حرام
بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بان يقول ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلا شي لي عليك
لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما في احدهما يمكن الزيادة وفي الاخر النقصان فقط فلا يكون مقامرة
لان المقامرة مفاعلة منه فيقتضي ان يكون من الجانبين واذا لم يكن في معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس
ان لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة في الكتاب كالبغل
وان كان الجعل مشروطا من احد الجانبين وفي الحديث اشارة اليه لانه خصص هولاء به والمراد به الاسباق
بالجعل لان الاسباق بلا جعل يجوز في كل شي ولا يمكن الحاق ما شرط فيه الجعل به لانه ليس في معناه لان المانع
فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفي الاخر من وجه واحد وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له
حتى يقاس عليه وشرطه ان يكون الغاية مما يحتملها الفرس وكذا شرطه ان يكون في كل واحد من الفرسين
احتمال السبق اما اذا علم ان احدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة على خلاف القياس
وليس في هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه ولا يجوز ولو شرطا الجعل من الجانبين
وادخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفوا لفرسيهما يجوز ان يسبق او يسبق وان كان يسبق او يسبق
لا محالة فلا يجوز لقوله عليه السلام من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يامن ان يسبق فلا باس به ومن ادخل فرسا
بين فرسين وهو امن ان يسبق فهو قمار رواه احمد وابو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل ان يقولا
للثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان سبقناك فلا شي لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطاه بينهما وهو ايهما
سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله فان غلبهما اخذ المالين وان غلباه فلا شي لهما عليه ويأخذ ايهما غلب
المال المشروط له من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وانما يحتمل ان ياخذ
او لا ياخذ فخرج بذلك من ان يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذي يستوي فيه
الجانبان في احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان او للاثنين من سبق فله كذا
من مال نفسه او قال للرماة من اصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فان كان التنفيل من بيت المال
كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار انواع السبق اربعة ثلثة منها جايزة وواحد منها لا يجوز وقد
الرهان على العلم — ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتامل وعلى هذا الفقها اذا تنازعوا في المسايل وشرط للمصيب منهم جعلا جاز ذلك
اذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا في الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعلم في البابين يرجع الى تقوية الدين واعلاء كلمة
الله تعالى والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع
لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به قال ولا يصلي على غير الانبيا والملايكة الا بطريق التبع لان في الصلاة من
التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب
وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز الا تبعا بان يقول اللهم صل على محمد واله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه
وسلم واختلفوا في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل
على التعظيم مثل الصلوة ولهذا يجوز ان يدعا بهذا اللفظ لغير الانبيا والملايكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل
الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان من اشوق العباد الى
مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى ان يدعوا للصحابة بالرضى فيقول رضي الله عنهم

لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته اشد الرضا فهولاء احق بالرضا وغيرهم لا يلحق ادناهم ولو انفق ملا الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله ولا يعطي باسم النيروز والمهرجان

لا يجوز اي لا يعطي هدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال ابو حفص الكبير رحمه الله لو ان رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جا يوم النيروز واهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى يوم النيروز الى مسلم اخر ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن جرى على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله او بعده كيلا يكون تشبيها باولئك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيئا لم يكن يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال ولا باس بلبس القلانس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك في الاخبار قال رحمه الله وندب لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر لان محمدا رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنايم حديثا يدل على ان لبس السواد مستحب وان من اراد ان يجدد اللف بعمامته ينبغي له ان ينقضها كورا كورا فان ذلك احسن من رفعها عن الراس والقايها في الارض دفعة واحدة وان المستحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا في مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السودا فدخلت عليه يوما مستورة فنقيت تنظر الى وجهه وهي متحيرة فقال لها ما شانك فقالت اتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من راسه ولم يتعمم بالعمامة السودا بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال اياكم والحمر فانها زي الشيطان ويستحب للرجال ان يلبس احسن الثياب وكان ابو حنيفة يوصي اصحابه بذلك ويلبس باربع مايه دينار واباح الله تعالى الزينة لقوله قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وقال عليه السلام ان الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان يرى اثار نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ردا قيمته الف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه ردا قيمته اربعة الاف درهم قال وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلوة وهي احد اركان الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولوا الامر منكم والمراد باولي الامر العلما في اصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلما ورثة الانبيا عليهم السلام على ما جا به السنة قال ولحافظ القران ان يختم في اربعين يوما لان المقصود من قراءة القران فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى افلا يتدبرون القران ام على قلوب اقفالها وذلك يحصل بالتاني لا بالتوالي في المعاني فقدر للختم اقله باربعين يوما يقرا في كل يوم حزب ونصف حزب اواقل والله اعلم

كتاب الفرايض

وهي جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها وسمي هذا العلم فرايض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس بخلاف ساير الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة لقوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما بينتها السنة ثم اعلم ان هذا العلم من اشرف العلوم وقد جات النصوص به وبالحث على تعليمه وتعلمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلثة وما سوى ذلك فضل اية محكمة او سنة قايمة او فريضة عادلة وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرايض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شي ينتزع من امتي وقال عليه السلام تعلموا الفرايض وعلموه الناس فاني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك ان يختلف اثنان في الفريضة والمسالة فلا يجدان احدا يخبرهما فجعله عليه السلام نصف العلم

لو اهدى الى مشرك بيضة يوم النيروز يكفر

مقدار العذبة

النهي عن لبس المزعفر

بلغ مقابلة على خطيب رحمه الله تعالى

مع صغر حجمه وقلة مسايله فلولا انه من اشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالحسيات فان الشي القليل من الجواهر وغيرها انما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل اشرف منه ومعنى النصف اما باعتبار الاحوال الحيوة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحيوة او باعتبار اسباب الملك فانها جبرية او اختيارية فالاول الميراث والثاني غيره من اسباب الملك قال يبدا بتركة الميت بتجهيزه المراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حيوته وحاصله انه معتبر بحال حيوته فان المرء يقدم نفسه في حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر ما كان يلبسه في حيوته من اوسط ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي قال ثم دينه لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين قال علي كرم الله وجهه انكم تقرؤون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتدا والوصية تبرع والبداية بالواجب اولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداوها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فاتت بموته فلا يتصور بقا الواجب لحقيقته ان الدنيا دار التكليف والاخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا يتصور بقا الواجب لان الاخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبرية حتى يجتزي بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الاجزاء الفعل او تركه ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته الا ترى ان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه اخذه ويجتزي بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلا والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في اخر عمره يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان اوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال ثم وصيته اي ثم تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي اكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريكهم حتى اذا سلم له شي سلم للورثة ضعفه او اكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى له لا ياخذون الا ما فضل منهما قال ثم يقسم بين ورثته وهم ذوو فرض اي ذو سهم مقدر لما تلونا لقوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى عصبة ذكر وفي رواية فلاولى رجل ذكر وذلك على سبيل التاكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة ولا طاير يطير بجناحيه قال فللاب السدس مع الولد وولد الابن لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى يا بني ادم وكذا عرفا قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابنا الرجال الاجانب وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف كونه حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل اخر وهو الاجماع وجميع احوال الاب في الفرايض ثلث احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن او بنت الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت او بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب بما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على انه عصبة قال والجد كالاب الا في ثلث مسائل ردها الى ثلث ما بقي وحجب ام الاب فيحجب الاخ اي الجد كالاب ان لم يدخل في نسبته الى الميت انثى وهو الجد

الصحيح الا في مسئلتين احداهما في زدام الميت من ثلث الجميع الي ثلث ما يبقي في زوج وابوين او زوجة وابوين فان الاب يردها اليه لا الجد وفي حرمان الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل في نسبته الي الميت ام كان فاسدا فلا يرث الا علي انه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع النسب اذ النسب الي الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان الجد يسمي ابا قال الله تعالي حاكيا عن يوسف عليه السلام واتبعت ملة اباي ابرهيم واسحق ويعقوب وكان اسحق جده وابراهيم جد ابيه وقال تعالي يا بني ادم لا يفتننكم الشيطان كما اخرج ابويكم من الجنة وهو ادم وحوي عليهما السلام فاذا كان ابا دخل في النص اما بطريق عموم المجاز او بالاجماع علي نحو ما ذكرنا في الولد فكان له الاحوال الثلث التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه اقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة اي الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قائم مقامه وهذا علي اطلاقه قول ابي حنيفة علي ما يجي بيانه ان شا الله تعالي قال وللام الثلث وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات علي ما نبين قال رحمه الله ومع الولد او ولد الابن او الاثنين من الاخوة والاخوات لا اولادهم السدس اي مع واحد من هاولاء المذكورين لا يرث الثلث وانما يرث السدس لما تلونا ولقوله تعالي فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد في المتلو او لا يتناول الولد وولد الابن علي ما بينا وكذا الذكر والانثي ولفظ الجمع في الاخوة يطلق علي الاثنين فيحجب بهما من الثلث الي السدس من اي جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق علي الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه لا يحجب الام من الثلث الي السدس الا بثلثة منهم عملا بظاهر الاية فان الاخوة جمع واقله ثلثة وللجمهور ان الجمع يطلق علي المثني قال الله تعالي وهل اتاك نبا الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا علي داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغي بعضنا علي بعض فاعاد ضمير الجمع في تسوروا ودخلوا وفي منهم وقالوا علي اثنين وهما الملكان اللذان دخلا عليه في صورة متحاكمين الاثنين الي قوله تعالي خصمان ومثل هذا كثير سائغ في كلام العرب قال ومع الاب واحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض احدهما فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث للباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلثة احوال ثلث الكل وثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالي وابن عباس رضي الله عنهما لا يري ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل والباقي للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم ووجهه ان الله تعالي نص علي فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس وكذا قال عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها والام صاحبة فرض والاب عصبة في هذه الحالة علي ما بينا والجواب عنه ان الله تعالي جعل للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالي وورثه ابواه فلامه الثلث اي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع احد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها لو اخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج او قريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد ولا الاخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه ما اراني الله تفضيل الانثي علي الذكر وقال زيد لا افضل الانثي علي الذكر وسرا دهما عند الاستوا في القرابة والقرب واما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثي علي الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه وعند ابي يوسف لها ثلث الباقي في ايضا مع الجد وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم لانهما كانا يفضلان الام علي الجد قال وللجدة وان كثرن السدس اذا لم يتخلل جد فاسد في نسبتها الي الميت وكن متحاديات في الدرجة والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان ام ام وام اب ولابيه وامه كذلك وهكذا الكل واحد من الاصول الي ان ينتهي الي ادم وحوي عليهما السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها الي الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من يتخلل في نسبتها ذلك اذ كل اب يدلي الي الميت بانثي جد فاسد لمن يدلي به يكون فاسدا ذكرا كان او انثي وعند سعد بن ابي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا واذا اردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاديات فاذكر اولا لفظة ام بمقدار العدد

الذي

الذي يريد ثم يقول ثانيا ام ام ويجعل مكان الام الاخيرة ابا ثم في كل مرة تبدل مكان الام ابا علي التوالي الا ان يبقي لفظة ام من مثاله اذا سلمت عن اربع جدات وارثات متحاذيات تقل ام ام ام ام تعدد عددهن لاثبات الدرجة التي يتصور ان يجتمع فيه فانهن لا يتصوران يجتمعن فيه الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فاربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا في الدرجة الرابعة فتقول ام ام ام ام اربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارثة اكثر من واحدة ثم تاتي بواحدة اخرى من جهة الاب في درجتها فتقول ام ام ام اب ثم تاتي باخري من جهة الجد فتقول ام ام اب اب ثم تاتي باخري من جهة جد الاب فتقول ام اب اب اب ولا يتصوران يجتمع الوارثات في هذه الدرجة اكثر من ذلك لان كل جد صحيح امه وارثة وكذا ام امه وان علت ولا يتصوران يكون جدة وارثة من كل اب الا واحدة فيحتاج ان ياتي من الاباء قدر عددهن الا واحدة وهي التي من جهة الام فانها لا تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا حذفت في النسبة الثانية اما واحدة وابدلت مكانها ابا والثالثة بالجد فلهذا اسقطت اثنين وابدلت مكانهما ابين والرابعة تدلي بجد الاب فلهذا اسقطت ثلاث امهات وابدلت مكانهن ثلاثة ابا بهذه الطريقة في اكثر منهن الي ما لا يتناهي هذه المعرفة الصحيحات في هذه الدرجة اذا اردت ان تعرف ما بازاء الصحيحات من الفاسدات تاخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما يبقي في يمينك فما بلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا اسقط منه عدد الصحيحات فما الباقيات هن الفاسدات مثاله اذا سئلت عن اربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فخذ اربعة بيمينك واطرح منها اثنين تاخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع في هذه الدرجة فاذا اسقط عدد الصحيحات وهن اربع بقي اربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روي عن عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس بالسوية وابو بكر الصديق رضي الله عنه اشرك بين الجدتين في السدس وسنذكر ما يسقطن به قال وذات جهتين كذات جهة اي اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخري ذات جهة واحدة فهما سواء حتي يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما اثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص في حكم الميراث الا تري ان ابني العم اذا كان احدهما اخا لام يجعل الاخ كشخصين حتي ياخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان احدهما زوجا بالجهتين وكذا اذا اجتمع في المجوسي قرابتان ورث بهما ولابي يوسف رحمه الله ان توريث الجدات بمعني واحد فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وام فانها لا ترث باعتبار القرابتين لاتحاد الجهتين وهي قرابة الاخوة حتي لا تاخذ النصف بجهة الاب والسدس بجهة الام بل تاخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر من النظير لان جهة الارث هناك مختلفة ومثاله ما يكون الواحدة ذات قرابتين ان تكون ام ام الام وهي ايضا ام الي الاب والاخري ذات قرابة واحدة كام ام الاب بهذه الصورة مثلثة

ام ام بنت ام اب اب ام ام ام

قال رحمه الله والبعدي تحجب بالقربي سواء كانتا من جهة واحدة او من جهتين وسواء كانت القربي وارثة او محجوبة بالاب او بالجد وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت ان القربي اذا كانت من جهة الاب لا تحجب والبعدي من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب ان يعطي كل واحدة منهن حكم من يدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا امه والام تحجب كل جدة هي ابعد منها فكذا امها ولنا ان الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب ان يقدم الادني علي الابعد كالاب الادني مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت للواسطة يثبت لمن يدلي به الا تري ان ام الاب لا يزيد ارثها علي السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال والكل بالام اي تحجب الجدات لانما ترثن بطريق الولاد والام ابلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها ولانه اصل في قرابة الجهة التي من قبلها الي الميت ويدلي بها فلا يرث مع وجودها لما عرف في باب الحجب فاذا حجبت الجدة التي من قبلها كانت اولي ان تحجب التي من قبل الاب لانها اضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها وكذا الابويات منهن

يحجبن بالاب اذا كان وانما روي ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت وبه اخذ جمهور العلما وروي عن عمر
وابن مسعود وعمران بن الحصين وابي موسى الاشعري وابي الطفيل عامر بن واثلة انهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه اخذ طايفة
من اهل العلم من التابعين وغيرهم لما روي انه عليه السلام ورث جدة وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجبها
الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها ام الميت الذي هو ابنها فلما ان ام الاب تدلي بالاب فلا ترث
مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحتمل ان ذلك الابن كان عما للميت لا ابا ولا نسلم انها ترث ميراث
الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولان كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغير الام الا ترى
ان بنات الابن ترثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن وكذا الجد يحجب الابوبانية لما ذكرنا الا ام الاب فانه لا يحجبها وان علت
لانها ليست من قبله وكذا كل جد لا يحجب الجدة التي ليست من قبله فصار للجدات حالتان السدس والسقوط قال
وللزوج النصف ومع الولد او ولد الابن وان سفل الربع لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم
الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف او الربع مما تركت امراته لان مقابلة الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم
دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع على ما بينا من قبل فيكون له الربع معه فصار للزوج
حالتان النصف والربع قال وللزوجة نصفه اي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد او ولد الابن وان سفل
الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه
لوجهين احدهما ان لا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطي كل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل اذا تركت اربع زوجات بلا ولد والنصف
مع الولد والوجه الثاني ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص
واذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت امراة وادعى رجلان او اكثر نكاحها
واقام كل واحد منهما البينة ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الاولوية فكذا هنا
فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال وللبنت النصف لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف
قال وللاكثر الثلثان وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ علما الامصار وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه جعل حكم
الثنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نسا فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن
نسا وهو جمع صريح بقوله فوق اثنتين واكده بصيغة الجمع بقوله فلهن والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين
النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك ان حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور
ما روي عن جابر انه قال جاءت امراة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان
ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معك في احد شهيدا وان عمهما اخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا تنكحان الا بمال فقال يقضي الله
في ذلك فنزلت اية الميراث فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما الثمن
وما بقي فهو لك وما تلي لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشي بالذكر لا ينافي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه
فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في المواريث على ما بينا من قبل فيكون
المثنى مرادا بالاية وهو الظاهر الا ترى ان الواقعة كانت للبنتين فاعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين بحكم
الاية ولفظة فوق في الاية صلة كما في قوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق اي اضربوا الاعناق وحمله على هذا اولى مما ذهب اليه
ابن عباس رضي الله عنهما لحصول التوفيق به بين السنة والاية ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين وادنى الاختلاط
ان يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الانثيين فعلم ان للبنتين الثلثين عند الانفراد والا لم يصر هذا وهو
الثلثان مثل حظ الانثيين ابدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحد ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ما قال فلا بد
من الحاق المثنى باحدهما فالحاقهما بالجمع اولى لاشتراكهما في معنى الضم ولان المثنى له حكم الجمع في الميراث الا ترى ان الله تعالى

لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع في الاخوات لاب وام او لاب او لام في استحقاق الثلثين والثلث فلو
ان البنتين يستحقان النصف مع الابن فلما استحقاهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد الا ترى
ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلثه اخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد
قال رحمه الله وعصبها الابن وله مثل حظيهما معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن
مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار للبنات ثلاث احوال النصف للواحدة
والثلثان للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال وولد الابن كولده عند عدمه اي عند عدم الولد
حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ويعصبهن
الذكور عند اختلاطهن بالذكر فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال وتحجب بالابن اي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم
واناثهم فيه سوا لان الابن اقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع
اصلهن وان كن لا يدلين به بان كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما تحجب اولاده لان ما ثبت لاحد المثلين يثبت
لمساويه ضرورة قال ومع البنت لاقرب الذكور الباقي اي اذا كان مع بنت الميت لصلبه اولاد الابن او اولاد
ابن الابن وان سفل او المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منه لانه عصبة يحجب الابعد وهذا انما يستقيم
اذا لم يكن في درجته بنت ابن واما اذا كانت في درجته بنت ابن تشاركه فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده قال
وللاناث السدس تكملة الثلثين اي لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس تكملة الثلثين ومراده اذا لم يكن في درجتهن
ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكون عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود
رضي الله عنه في بنت وبنت ابن واخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة
الثلثين والباقي للاخت وقوله تكملة الثلثين دليل على انهن يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث الثلثين
فاذا اخذت الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطي لهن تكملة لذلك فلولا انهن دخلن في الاولاد وفرضهن واحد لما صار
تكملة له الا ان الصلبية اقرب للميت فيتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على انه عموم المجاز او بالاجماع قال وحجبن
ببنتين اي تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لان ارثهن كان تكملة الثلثين وقد كمل ببنتين فسقطن اذ لا طريق لتوريثهن
فرضا وتعصيبا قال الا ان يكون معهن او اسفل منهن ذكر فيعصب من كان بحذاه ومن كانت فوقه ممن لم يكن
ذات سهم ويسقط من دونه اراد بقوله معهن ان يكون الغلام في درجتهن سوا كان اخا لهن او لم يكن وهذا مذهب علي
وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه اخذ عامة العلما وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن ببنتي
الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان للبنات الابن اسوا الحالين
بين السدس والمقاسمة فايهما اقل اعطين وتسمى هذه المسايل الاضرار على قول ابن مسعود وحجته في ذلك ان بنات الابن
بنات وميراثهن احد امرين اما الفرض او المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهر وليس لهن ان يجمعن بينهما فاذا
استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة اخذت النصف وبقي من فرض البنات
السدس فياخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن اقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به
ولانه لا تاخذ البنات اكثر من الثلثين ولانه لا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لان من لم تكن
وارثة عند الانفراد من الاناث فلا يعصبها اخوها عند الاجتماع كالعم مع العمة وابن الاخ مع اخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم
الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين واولاد الابن اولاد على ما بينا من قبل فتنتظمهم الاية وقضية هذا ان يكون المال
مقسوما بين الكل الا انا عملنا في حق اولاد الابن باول الاية وفي حق الصلبيتين او الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع
بين الحقيقة والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى ان البنات الصلبيات ذوات فرض

بلغ مقابلة على خط مؤلفه

وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع اخيهن وصاحب الفرض اذا اخذ فرضه خرج من البين كانه لم يكن فصار الباقي من الفرض لجميع المال في حق العصبة فتشاركنه ولا تخرجن من العصوبة كما لو انفردوا الا ترى ان صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين واحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنت الاخ مع اخيها لانها لا يصرن عصبة به معها مطلقا سواء كان معها صاحب فرض او لم يكن فلا يلزم من انتفا العصوبة في محل لا يقبلها انتفاوها في محل يقبلها ولعدهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور الا ترى ان الابن ياخذ نه بالمقاسمة عند كثرتهن بان ترك اربعين بنتا وابنا ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي يليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله لو ترك ثلث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصورة فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة الثلثين ولا شي للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع من اصحاب الفرايض والمعنى

صورته

ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

ما ذكرنا ان العليا تنزل منزلة البنت والبواقي منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب اخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الاول فصار لبنات الابن احوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن غلام وهذا النوع من المسايل سمي في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذا ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو اما مشتق من قولهم شبب فلان بفلانة اذا اكثر ذكرها في شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النسا او من شب النار يقال اشب النار اذا اوقدها لان فيه تذكية للخواطر او من شب الفرس يقال شب الفرس يشب ويشب شبابا اذا رفع يديه جميعا واشببته انا اذا هيجته لذلك لانه خروج وارتفاع من درجة الى اخرى كحال الفرس في نزوانه اي وثبانه فصار لبنات الابن احوال ست الثلاثة المذكورة في البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن غلام قال والاخوات لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن اي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخ لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين قال ولاب كبنات الابن مع الصلبيات اي الاخوات لاب مع الاخوات لاب وام كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وام وللثنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخ لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وام السدس تكملة الثلثين وتسقطن بالاختين لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن لما تلونا ورينا وبينا فيهن خلاف ابن مسعود رضي الله عنه في مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وام او اخت واحدة لهما اي للابوين على نحو ما بيناه في بنات الابن مع البنات وصار لهن مع البنت الواحدة اذ الكلام في الاخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد في البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث في البنات اذ طريق البحث فيهما واحد قال وعصبهن اخوتهن والبنت وبنت الابن اي عصب الاخوات لاب وام او لاب اخوتهن والبنت وبنت الابن اما تعصيب الاخوة لهن فظاهر لما تلونا واما تعصيب البنت لهن وبنت الابن فلقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضي الله عنه في اليمن بنتا واختا فجعل

لكل واحد

لكل واحدة منهما النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ حي وروي انه عليه السلام قضى في ابنة وابنة ابن واخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للاخت وجعل المصنف البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز وفي الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لانها والبنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجي من قريب ان شا الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه اسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية عنه في الاخوة والاخوات مع البنت في رواية عنه الباقي كله للاخوة وفي رواية اخرى عنه الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت اخت لاب وام واخ واخت لاب في رواية الباقي للاخ وحده وفي رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين وهو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والانثى الا ترى ان الله حجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلى انما كان لارثها النصف او الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث على انها عصبة ويحتمل ان يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعني اخاها يرثها ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة اجمعت على ان الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد او نقول اشتراط عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع ما لها وذلك ممتنع بالولد وان كان انثى قال ولواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم كاناثهم لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركا في الثلث المراد به اولاد الام لان اولاد الاب والام مذكورون في اية النصف على ما ذكرنا من قبل ولهذا قراها بعضهم وله اخ او اخت لام والطلاق الشركة تقتضي المساواة كما اذا قال شريكي فلان في هذا المال او قال له شريكي فيه وسكت على ذلك تقتضي المعادلة بالنصف ولان الله لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوايهما حالة الاجتماع قال ويحجبن بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد اي الاخوات كلهن يحجبن بهولاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف في الكلالة هل هي صفة للميت او للورثة او للتركة وقري يورث بكسر الراء وفتحها وانما كان يشترط للتسمية به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالراس ولفظه كل لاحاطتها بما يدخل عليه وكذا الكلالة من احاط بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل اصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه اي تركه وبعد عنه وغير قرابة الولاد بعيد بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة * عن ابني مناف عبد شمس وهاشم * يريد ورثتم مجدكم عن اصولكم لا عن الفروع كالاعمام والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا يكون كلالة معه قال والبنت تحجب ولد الام فقط اي بنت الميت تحجب الاخوة من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين او من الاب لان شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لان ولد الابن ولد فان قيل وجب ان لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين او من الاب مع البنت او بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة فالكلالة شرط في حقهم لارث النصف او الثلثين او لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفا هذا الارث المشروط بها لا مطلق الارث فنتسحبون الارث بالعصوبة مع البنت بنص اخر على ما بينا بخلاف ارث اولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فتنتفي بعدمها فصار للاخوات لاب وام خمس احوال النصف للواحدة والثلثان للاكثر منها والتعصيب باخيهن ومع البنات والسقوط مع الابن وللاخوات للاب سبع احوال ذي الخمسة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والسقوط بالاختين من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلثة احوال السدس للواحد والثلث لاكثر

الكلالة ما هي

خارم

منه والسقوط بما ذكرنا قال وعصبة وهو معطوف على قوله ذو فرض في اول الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته اي وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا قال اي من اخذ الكل ان انفرد والباقي مع ذي سهم هذا تفسير للعصبة اي العصبة من ياخذ جميع المال عند انفراده وما ابقته الفرايض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير ان يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى تعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلثة انواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جز الميت واصله وجز ابيه وجز جده وعصبة بغيره وهو كل انثى فرضها النصف او الثلثان يصرن عصبة باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالبنات مع الاخوات والسببية مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة لان العصبة انما سمي عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر بالانثى وانما صرن عصبة تبعا او حكما في حق الارث قال والاحق الابن ثم ابنه وان سفل اي اولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقي له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيتقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يوثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه السلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك ان لا يجاوز بكسبه محل اختياره الا انا صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لاولى رجل قال ثم الاب ثم اب الاب وان علا اي ثم اولاهم بالعصوبة اصول الميت وان علا واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذي لا والد له ولا ولد على ما بيناه فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو ابعد منهم كاعمامه واعمام ابيه والجد اب الاب لانه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الاب ويتقدم على الاخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول ابي بكر الصديق وابن عباس وعايشة وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وابي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة اخر منهم رضي الله عنهم اجمعين وبه اخذ ابو حنيفة رضي الله عنه قال ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك انهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جز الاب فكان اقرب من الاعمام لانهم جز الجد وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فيرجح بذلك عند الاستوا في الدرجة وقد قال عليه السلام ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات وكذا الاخت لاب وام تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم في الفرض فكذا في العصوبة قال ثم الاعمام ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد على الترتيب اي اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جز الجد فكانوا اقرب وقد قال عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم وقوله على الترتيب اي على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوة وهو ان يقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام وكذا نفعل في اعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستوا في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الاعلى قال ثم المعتق لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو اخر العصبات لقوله عليه السلام للذي اعتق عبده هو اخوك ومولاك ان شكرك فخير له وشر لك وان كفرك فشر له وخير لك وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبة

عليهم

بدل

بدليل ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الاخر لابنة حمزة وهي المعتقة قال ثم عصبته على الترتيب اي عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي اعتقه فان لم يكن مولاه فعصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بان يكون جز المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جز ابيه ثم جز جده ويقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت قال واللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن وهن اربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لاب وام والاخوات لاب وهولاء يصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه في بيان ميراثهن وقوله باخوتهن هذا في البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن يقتصر عليه واما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بابناء اعمامهن ايضا وان سفل كما ذكرناه في مسايل التشبيب فيكون معناه في حقهن باخوتهن او بمن له حكم اخوتهن والمصنف رحمه الله ذكر العصبات هنا واستوفاه الا العصبة مع غيره وهو الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه ذكرهن فيما تقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط في لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال ومن يدلي بغيره حجب به اي بذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلي بالام فلا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو ارثها لانها ترث بالولاد وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام اولى به منها لانها اقرب بخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة من قبله والاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا فحاصله ان الحجب باحد امرين اما بمن يدلي به بشرطه على ما ذكرنا او بكون الحاجب اقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وباولادهم وكاولاد الاعمام والاخوة يحجبون باعلا درجة منهم قال والمحجوب يحجب كالاخوين او الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في اب وام وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقي للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام الا ان اية الكلالة تمنع من ذلك واية حجب الام بهم لا توجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها لغيرهم وان لم يحصل لهم شي قال لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين او الدار اي لا يحجب المحروم عن الارث بهذه الاشيا وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان فينقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم بما ذكرنا لان الله ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين ان يكون وارثا او محروما وكذا انقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيترك على اطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجبه هذا الحجب وهو لا يرث لادى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث او الى تضييعه لان بيت المال ايضا لا يرث مع الابن او الاخوة وجه قول الجمهور ان المحروم في حق الارث كالميت لانه حرم لمعنى في نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التي توجب نقصان ارثهم لا نسلم انها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد اولا واثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين اولا وهم المتاهلون للارث وكذا يقال في الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم في الارث هم المتاهلون للارث فكذا المذكورون في الحجب هم المتاهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب اهلية الارث فالتحق بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه اهل في نفسه الا ان حاجبه غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الى اخره ليبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيئا قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي وقال عليه السلام لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق في ذلك بين ان يكون قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية اصلا وبين ان ينعقد له سبب

الحرية كالمدبر والمكاتب وام الولد ومعتق البعض عند ابي حنيفة لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب
لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر فلا يكون اهلا للارث والقتل الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به
وجوب القصاص او الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب او بقصاص لا يوجب الحرمان لان حرمان الارث عقوبة
فيتعلق بما يتعلق به العقوبة وهو القصاص او الكفارة والشافعي رحمه الله يعلقه بمطلق القتل حتى لا يورث منه اذا قتله
بقصاص او رجم او كان القريب قاضيا لحكم بذلك او شاهدا فشهد به او باغيا فقتله او شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك
يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع اوجب عليه قتله او اجاز له قتله في هذه الصورة فكيف يوجب عليه العقوبة
به بعد ذلك ولهذا لا يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه السلام ليس للقاتل من الميراث هو
القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه السلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة اي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان
متعديا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبيب واختلاف الدين ايضا يمنع الارث المراد به الاختلاف بين الاسلام
والكفر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية
وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري التوارث بين اليهودي والمجوسي والنصراني لان الكفر كله ملة واحدة وقال
عليه السلام الناس كلهم حيز ونحن حيز واختلاف الدارين يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا يعتبر الحقيقة بدونه
حتى لا يجري الارث بين المستامن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بينه وبين من هو في داره لان المستامن اذا دخل
الينا والبهم من اهل داره حكما وان كان في غيرها حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار
الحرب ودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكيهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية
قال والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم لانه
بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم **قال**
ولو حجب احدهما بالحاجب اي لو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجب احدهما الاخر يرث بالحاجب وان لم
يحجب ترث بالقرابتين كما اذا تزوج مجوسي امه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن
ولا يرث على انه ابن الابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس
على انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من ابنها على انها بنت ولا ترث على انها اخت من ام لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته
فولدت له بنتا ترث من امها النصف على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة لانها اختها من ابيها وهي عصبة مع البنت
وان مات ابوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود ذي سهم او عصبة
وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما انه يرث
باثبت القرابتين واكدهما اي باقواهما وبه اخذ ملك والشافعي رحمهما الله والصحيح الاول لان فيه اعمال السبب ولا يجوز
ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين الا ترى ان المسلم يرث بالجهتين اذا اتفق له ذلك بان ماتت
المراة وتركت ابن عمها وهو زوجها او اخوها من امها فانه ياخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم في
سبب الملك كالشرا وغيره بخلاف الاخ من اب وام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث الفرض على انه اخ من ام لانه ليس
فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا يصلح للاستحقاق بل يصلح للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه
في القوة كالاخ لاب **قال لا بنكاح محرم** اي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث
منها بالنكاح اما عندهما فظاهر لان النكاح لم يصح واما عند ابي حنيفة فلانه وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلم
فكان كالفاسد **قال ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط لا بجهة نسبه من ابيه** لان نسبه من جهة
الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فترث به امه واخوته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه امه واخوته من امه فرضا

لا غير

لا غير لا يتصور ان يرث هو او يورث بالعصوبة الا بالولاء او الولاد فيرثه من اعتقه او اعتق امه او ولده بالعصوبة
وكذا هو يرث معتقه او معتق معتقه او ولده بذلك **قال ووقف للحمل حظ ابن** اي اذا ترك الميت امراته
حاملا او غيرها ممن يرثه ولدها وقف لاجله نصيب ابن واحد وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وعنه يوقف نصيب ابنين
وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتاد وعن ابي حنيفة انه يوقف نصيب اربع بنين او اربع بنات ايهما اكثر لانه
يتصور ولادة اربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب
والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويوخذ كفيلا من الورثة على قوله لاحتمال ان يكون اكثر وهذا اذا كان في الورثة
ولد واما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلوا اما ان يكون الورثة كلهم
اولادا او لا فان كانوا اولادا فيترك ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم اولادا فلا يخلوا اما ان يكون فيهم اولاد
او لا فان كان فيهم اولاد يعطي كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف
الذي ذكرناه وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطي كل وارث منهم نصيبه على تقدير ان الحمل ذكر او انثى ايهما اقل
وان كان على احد التقديرين يرث دون الاخر فلا يعطي شيا وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير
ولادته ميتا يرث فلا يعطي شيا للاحتمال وان كان نصيبه على احد التقديرين اكثر يعطي الاقل للتيقن به ويوقف الباقي
قال ويرث ان خرج الاكثر فمات لا الاقل اي الحمل يرث ان خرج الاكثر وهو حي ثم مات وان خرج اقله وهو حي فمات
لا يرث لان انفصاله من البطن حيا شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج
منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل **قال ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموت**
اي اذا مات جماعة في الغرق او الاحتراق ولا يدرى ايهم مات اولا جعلوا كانهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم
لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتاخر من المتقدم وهو قول ابي بكر وعمر وزيد
واحدى الروايتين عن علي وانما كان كذلك لان الارث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة
الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما
من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه ان حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل
بقاوها الى ما بعد موت الاخر ولان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات فكان كل واحد منهم مات بعد موت الاخر فيرث منه
الا ما ورثه منه للتعذر لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ماله من وارثه محال قلنا اذا استحال في حق البعض استحال
في حق الكل اذ سبب الارث متحد لا يقبل التجزي وظاهر حياتهم تصلح للدفع لا للاستحقاق وكذا الحكم اذا ماتوا بانهدام
الجدار عليهم او في المعركة ولا يدري ايهم مات اولا **قال وذو رحم** وهو معطوف على العصبة اي تقسم ماله بين ورثته
وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم **قال وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة** اي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث
بفرض ولا بعصوبة وهذا على اصطلاح اهل هذا العلم وفي الحقيقة الوارث لا يخرج من ان يكون ذا رحم وتحته ثلاثة انواع
قريب هو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب هو ليس بذي سهم ولا عصبة ومضى الكلام في الاولين وبقي في الثالث
فنقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت رضي الله
عنه فانه قال لا ميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه اخذ ملك والشافعي رحمهما الله لما روي عن عطا
بن يسار ان رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته
فسال النبي صلى الله عليه وسلم وهو واقف على حمار فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته
فساله الرجل وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلث مرات ثم قال لا شي لهما وفي بعض رواياته لا ارى ينزل علي شي
لا شي لهما وروي انه قال لا اجد لهما شيا واذا لم ينزل عليه لا يمكن اثباته بالراي لان المقادير لا يمكن اثباتها بالراي ولنا

بلغ مقابلة على خط المؤلف

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اخا بين اصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقداد بن معدي كرب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه احمد وابو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا انيا لا يعرف من اين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا قال لا يا رسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا لبابة بن المنذر ابن اخته فاعطاه ميراثه وعن امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب في ذلك ابو عبيدة الى عمر فكتب عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذي حديث حسن وقال الطحاوي هذه اثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لام وخالة اعطى العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله بن مسعود فيمن ترك عمة وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم يكن للميت وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فاذا كان بعضهم اقرب اليه من بعض ورث ماله ولولا خوف الاطالة لاوردنا ما حكى السلف من افراد الواقعات وما رووه منقطع ومن مذهب الخصم ان لا يكون حجة فكيف يحتج به علينا ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه ايضا عندنا حجة في دفع موارثة ذوي الارحام لانه يعارضه ما تلونا من الاية ويحتمل ان يكون هناك من هو اولى منهما او قبل نزول الاية ويحتمل قوله عليه السلام لا شيء لهما اراد به الفرض اي لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به فان قيل لا حجة لكم في الاية لانها نزلت ردا للتوارث بالايخاء وهو الموالاة ويحتمل ان يكون المراد بها العصبة واصحاب السهام وليس فيها دلالة على ان المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على ان كثيرا من اصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف قال ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى احد الزوجين لعدم الرد عليهما اي لا يرث ذووا الارحام مع وجود ذي فرض او عصبة الا اذا كان صاحب الفرض احد الزوجين فيرثون معهم لعدم الرد عليه لان العصبة اولى منه وكذا الرد على ذوي السهام اولى من ذوي الارحام لانهم اقرب الا الزوجين فانهما لا قرابة لهما مع الميت وارثهما نظير الدين كان صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضي الله عنهم وكان عثمان بن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين ايضا وكان زيد بن ثابت لا يرى الرد على احد من ذوي الفروض وما فضل منهم يوضع في بيت المال عنده وقد عرف في موضعه قال وترتيبهم كترتيب العصبات اي ترتيب ذوي الارحام في الارث كترتيب العصبة فتقدم فروع الميت كاولاد البنات وان سفلوا ثم اصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع ابويه كاولاد الاخوات وبنات الاخ وبني الاخ لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا اربعة اصناف وروى ابو سليمان عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رحمهم الله ان الاقرب بالميراث الاصول والاول اصح لان الفروع اقرب كما في العصبات قال والترجيح بقرب الدرجة لان ارثهم بطريق العصوبة فيتقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات قال ثم بكون الاصل وارثا اي اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الارث فكان من يدلي به اقوى وللقوة تاثير في التقدم الا ترى ان بني الاعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى قال وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الاب ضعف قرابة الام اي اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ولمن جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام ولهذا لا يتصور

في الفروع

في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال قال وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان اي ان اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على ابدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا اصولا لهم او لم يكونوا قال والا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف اي ان لم يتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع اي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف على الصفة الذي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب الذكور يجمع ويقسم على اول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما اصاب الاناث وهكذا يجعل الى ان ينتهي الى الذين هم احياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف والحسن بن زياد يعتبر ابدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة او اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان او اكثر تعتبر الجهتان والجهات فترث لكل جهة غير ان ابا يوسف يعتبرها في الفروع ومحمد في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند ابي يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح والفرق له على هذه الرواية ان الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بتعدد الجهة وارث ذوي الارحام بالقرابة فيتعدد بتعددها وقول محمد اصح في ذوي الارحام جميعا وهو اشهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله قال والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس اي الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى هذه الستة وهي نوعان على التنصيف ان بدات بالاكثر او على التضعيف ان بدات بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه او تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه قال ومخارجها اثنان للنصف واربعة وثمانية وثلثة وستة لسميها واثنا عشر واربعة وعشرون بالاختلاط اي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة اثنان الى اخر ما ذكر واراد بالاختلاط اختلاط احد النوعين بالاخر فحاصله ان هذه الفروض لا تخلو اما ان يجيء كل فرض منها منفردا او مختلطا بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمي له وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلثة والربع من اربعة وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو اما ان يختلط كل نوع بنوعه او احد النوعين بالنوع الاخر فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا للجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن والستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه فان اختلط احد النوعين بالنوع الاخر فمخرجهما من اقل عدد يجمعهما واذا اردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة او لا فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق احدهما في جميع الاخر وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب جميع احدهما في جميع الاخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف الاول بكل الثاني او ببعضه فهو ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق احدهما في جميع الاخر بلغ ستة وان اختلط بالثلث او الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما في جميع الاخر يبلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني او ببعضه فهو من اثني عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق احدهما في جميع الاخر يبلغ اثني عشر ومنه يخرج الجزآن وان كان المختلط به الثلث او الثلثان فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما في الاخر يبلغ اثني عشر وان كان المختلط بالثاني هو الثمن وان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلثة في ثمانية تبلغ اربعا وعشرين ومنه يخرج الجزآن فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع اكثر من اربع فروض في مسئلة واحدة ولا يجتمع من اصحابها اكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على اكثر من اربع طوائف قال وتعول بزيادة اي تعول هذه المخارج بزيادة من اجزاء المخرج اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي اجزاء المخرج لذلك فيحتاج

الى العول بزيادة من اجزا المخرج فترتفع المسلة وتعول والعول الارتفاع ومنه عال الميزان اي ارتفع تسمي عولاً لارتفاع المسلة
او لمافيه من الميل عن الفرض المقدر والعول الميل والجور يقال عال الحاكم في حكمه اذا مال وجار ومنه قوله تعالى ذلك ادنى
ان لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا تعول وانما تعول ثلثة منها الستة والاثنا عشر واربع وعشرون والاربعة الاخر
لا تعول قال فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا يريد بالوتر السبعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى
سبعة زوج واختان لابوين او لاب او زوج وام واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان من ام او زوج
وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام واختان من اب
ومثاله عولها الى تسعة زوج وثلث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان من
الابوين وام واخت من ام ومثاله عولها الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام وام قال والاثنا عشر الى
سبعة عشر وترا اي اثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثاله
عولها الى ثلثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة واختان لابوين واخت لام او زوج وبنتا ابن وام او جد ومثاله عولها الى
خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان لام ومثاله عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني
اخوات لاب وجدتان وثلث زوجات قال رحمه الله والاربعة والعشرون الى سبعة وعشرين اي اربعة وعشرون تعول
الى سبعة وعشرين وما فيها الا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى التسعية وهي زوجة وبنتان وابوان سميت بذلك لان عليا رضي
الله عنه سيل عنها وهو على المنبر يخطب فقال عاد ثمنها تسعا مرتجلا ومضى في خطبته ولا تعول اكثر من ذلك الا عند ابن مسعود
فانها تعول عنده الى احد وثلثين فيما اذا ترك امراة واختين لام واما واختين لاب وابنا كافرا او رقيقا او قاتلا له لان من اصله ان
المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمراة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث
والمجموع ذلك احد وثلثون فاذا فرغنا من ذلك جينا الى التصحيح ولابد للتصحيح من معرفة اربعة اشيا التماثل والتداخل والتوافق
والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول فاذا كان احد العددين مثلا للاخر فهي المماثلة فيكتفي بضرب احدهما
عن الاخر وان لم يكن مثلا له فان كان الاقل جزا للاكثر فهي المداخلة وان لم يكن جزا له فان توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما وان لم يتوافقا
في جزء فهي المباينة ولا تخلو عددان اجتمعا من احد هذه الاحوال الاربعة لانهما اما ان يتساويا او لا فان تساويا فهي المماثلة وان لم
يتساويا فلا تخلو اما ان يكون الاقل جزا للاكثر او لا فان كان جزا له فهي المداخلة وان لم يكن جزا له فلا تخلو اما ان يتفقا في جزء او لا فان
اتفقا فيه فهي الموافقة وان لم يتفقا فيه فهي المباينة وطرق معرفة كل واحد منها مذكورة في المطولات وهذه الاربعة كلها جارية
بين الرووس والرووس وكذا بين الرووس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الرووس اكثر وكالمماثلة اذا كانت
السهام اكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة وفايدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من اقل عدد
يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمي تصحيحا قال وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في
الفريضة ان وافق اي اذا انكسر نصيب طايفة من الورثة ينظر بين رووسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق
عددهم في الفريضة وهي اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ تصحيح المسلة كجدة واخت لام وعشرين اختا لاب اصلها
من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت لام وللاخوات لاب اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق رووسهن بالربع فاضرب ربع رووسهن
وهو خمسة في اصل المسلة وهي ستة تبلغ ثلثين فمنها تصح قال والا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه اي ان لم يوافق
الرووس السهام فاضرب عدد الرووس في الفريضة وهي اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح
في المسلتين اي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثاله المباينة زوج وسبع اخوات لاب اصلها من ستة
وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلثة وللاخوات الثلثان اربعة فلا ينقسم عليهن ولا توافق فاضرب رووسهن في الفريضة
تبلغ تسعة واربعين فمنها تصح قال وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد اي اذا انكسر على اكثر من طايفة واحدة

وتماثل

وتماثل اعداد رووس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في اصل المسلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح
المسالة مثاله ست اخوات لاب وام وثلث اخوات لام وثلث جدات اصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وام
الثلثان اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رووسهن الى النصف ثلثة وللاخوات للام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا توافق
وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلثة اعداد متماثلة فاضرب واحدا منها في الفريضة تبلغ احدا وعشرين
فمنها تصح ولو كان بعض الاعداد متماثلة دون البعض ضربت رووس فريق واحد من المتماثلين في عدد رووس الفريق المباين
له او في وفقه ان وافقه فما بلغ ضربته في الفريضة فما بلغ صحت منه المسلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا في المثال
المذكور والمسلة بحالها ضربت ثلثة في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وخمسة
فمنها تصح ولو ترك تسع اخوات لاب وتسع اخوات لام وخمسة عشر جدة ضربت القسمة في خمسة فما بلغ في الفريضة فمنها تصح وعلى هذا
لو كان المباين اكثر من طايفة واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه او في وفقه ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسلة
مثاله اربع زوجات وخمس اخوات لام وثلث جدات وثلث اخوات لاب اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم
على الكل ولا يوافق فعدد الاخوات لاب تماثل الجدات فيستغنى باحدهما فيضرب ثلثة في اربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة
تبلغ ستين ثم تضرب الستين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ الف وعشرين فمنها تصح المسلة قال وان توافق
فالوفق والا فالعدد في العدد ثم وثم وثم المبلغ في الفريضة وعولها اي اذا توافق بين اعداد الرووس فاضرب
وفق احدهما في جميع الاخر وان لم يوافق فاضرب جميع احدهما في جميع الاخر ثم اضرب ما بلغ في وفق الثالث ان وافق المبلغ
الثالث وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ منه تصح المسلة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ
من ضرب الرووس في الرووس ان لم توافق وان وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في اصل المسلة فما بلغ منه يصح المسلة فمثال الموافقة
اربع زوجات وثمانية عشر اختا لام واثني عشر جدة وخمس عشرة اختا لاب اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات
الربع ثلثة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث اربعة لا تنقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رووسهن الى النصف تسعة
وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رووسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم
عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما في جميع الاخر تبلغ ثلثين ثم بين ثلاثين
والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما في جميع الاخر تبلغ تسعين ثم بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب
نصف احدهما في جميع الاخر تبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة الاف وستين
فمنها تصح ومثاله المباينة خمس اخوات لاب وثلث اخوات لام وسبع جدات واربع زوجات اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر
فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث اربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات
السدس سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللزوجات الربع ثلثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلثة
فاضرب احداهما في الاخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احدهما في الاخرى تبلغ ستين
والستون لا توافق السبعة فاضرب احداهما في الاخرى تبلغ اربعمائة وعشرين ثم اضرب اربعمائة وعشرين في الفريضة
وهي سبعة عشر تبلغ سبعة الاف ومائة واربعين فمنها تصح ثم اذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق على حدة من
التصحيح فاضرب رووس كل فريق فيما كان لهم من اصل المسلة فما بلغ فاضربه في عدد رووس فريق مخالف لهم ان لم يكن
بينهما موافقة وان كان بينهما موافقة فاضربه في الوفق فما بلغ فاضربه في رووس الفريق الثالث او في وفقه
وهكذا تفعل الى ان تنتهي الرووس فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وان شيت ضربت ما كان لهم من المسلة في
مبلغ الرووس فالمبلغ من الضرب نصيبهم واذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من احاد الفريق ضربت راس
كل واحد منهم فما كان لهم من اصل المسلة فما بلغ ضربته في عدد رووس المخالف لهم ان كان بين رووسهما مباينة وان كان بينهما

موافقه فاضربه في وفقه فمابلغ فاضربه في عدد روس الفريق الثالث او في وفقه ان كان بينهما موافقه فمابلغ فاضربه
في الرابع او في وفقه كذلك فمابلغ فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وان شيت قسمت مبلغ الراس على راوس
كل فريق فما اصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من اصل المسالة فمابلغ فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وان شيت
عكست بان تقسم ما كان لكل فريق من اصل المسالة على عدد روسهم فما اصاب الواحد ضربته في مبلغ الروس فمابلغ فهو
نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وان شيت نسبت سهام كل فريق من اصل المسالة الى عدد روسهم فما وجدت
نسبته اخذت بمثل تلك النسبة من مبلغ الروس فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وله طريق اخر مذكور
في المطولات قال رحمه الله وما فضل يرد على ذوي الفروض بقدر رفو وضهم الا على الزوجين اي يرد ما فضل
عن فرض ذوي الفروض اذا لم يكن ثم عصبة على ذوي الفروض بقدر سهامهم الا على الزوجين فانهما لا يرد عليهما وهو قول
عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه الفاضل لبيت المال وبه اخذ ملك والشافعي
رحمهما الله وقال عثمان بن عفان يرد على الزوجين ايضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب ان يكون ما فضل
من الزيادة ان يكون للكل ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الرد مطلقا ان النص قد فرض كل واحد من الورثة
فلا يجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن اثباتها بالراي فامتنع اصلا ولنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى
ببعض في كتاب الله وهو الميراث فيكون اولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغي ان يكون ذلك
لجميع ذوي الارحام لاستوايهم في هذا الاسم الا ان اصحاب الفرايض قدموا على غيرهم من ذوي الارحام لقوة قرابتهم الا ترى
انهم يقدمون في الارث فكانوا احق به ومن حيث السنة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال
يا رسول الله ان لي مالا ولا يرثني الا ابنتي ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا ان الحكم
كذلك لانكر عليه ولم يقر على الخطاء لاسيما في موضع الحاجة الى البيان وكذا روي ان امراة اتت النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت يا رسول الله اني تصدقت على امي بجارية فماتت امي وبقيت الجارية فقال وجب اجرك ورجعت اليك في الميراث
فجعل الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان اصحاب الفرايض ساووا الناس كلهم ورجحوا بالقرابة فيترجحون
بذلك من المسلمين وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه لم يرد على بنت ابن مع بنت الصلب ولا على اخت لاب مع الاخت لابوين
ولا على اخ من ام مع الام ولا على جدة الا ان لا يكون وارث غيرها وبه اخذ علقمة لان الفاضل من الفرض ماخوذ بطريق
العصوبة فيتقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا ان لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون
هي اولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض ودخل النقص على الكل عند النقص
بالعول غير انه اثر في تفصيل النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل ايضا وادخال النقص على الزوجين بالعول مما يوافق
الدليل الباقي لان ارثهما ثبت بالنص على خلاف القياس واخذ الزيادة مما يخالف الباقي لان ارثهما ملا يمكن اثباته بالقياس لان
ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق
الزيادة ولا يتعرض لها اصلا لا بالنفي ولا بالاثبات فاثبتناه بدليل اخر على ما ذكرنا ولان النصوص المذكورة في تعيين نصيب
كل واحد منهم بعينه فرضا والاخذ بطريق الرد ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع بثبوته بدليل
اخر كما ثبت ذلك في بعض العصبات حيث ياخذ الفرض بالنص ثم ياخذ الباقي بدليل اخر ولا يعد ذلك زيادة على
النص وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم نثبته بالراي بل بالنص على ما بينا ثم مسايل الباب اربعة اقسام ان
يكونوا جنسا واحدا او اكثر عند عدم من لا يرد عليه او عند وجوده فلا تخرج مسايل هذا عن هذه الاربعة على ما يجي في
اثنا البحث قال فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسالة من روسهم كبنتين او اختين لانهما لما استويا
في الاستحقاق صارا كابنين واخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالاختين ان يكونا من

جنس واحد بان يكون كلاهما لاب ولام او لاب او لام او لابوين قال والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان ومن ثلثة لو ثلث
وسدس ومن اربعة لو نصف وسدس ومن خمسة لو ثلثان وسدس او نصف وسدسان او نصف وثلث اي ان لم يكن من يرد
عليه جنسا واحدا بان كان جنسين او ثلثة تجعل المسالة من سهامهم فيجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة واخت لام
او من ثلثة اذا اجتمع ثلث وسدس كاخوين لام وجدة او ام واخ لام او ام واخوين لام ومن اربعة اذا اجتمع نصف وسدس
كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث
ومن خمسة اذا اجتمع ثلثان وسدس كام او جدة مع من يستحق الثلثان من الاناث او اختان لاب واخ لام او نصف وسدسان
كبنت وبنت ابن وام او جدة او اخت لام واخت لاب او ام واخت لام واخت لاب او نصف
وثلث كام واخت لاب او اخوين لام واخت لابوين او لاب ولا يتصور ان يجتمع في باب الرد اكثر من ثلث طوايف فاذا
جعلت المسالة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما احدهما ان
يكونوا جنسا واحدا والاخر اكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليه وبقي النوعان الاخران وهو ما اذا
اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال ولو مع الاول من لا يرد عليه اعط فرضه من اقل
مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلث بنات اي لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من
لا يرد عليه وهو احد الزوجين اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على روس من يرد عليه
ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلث بنات للزوج الربع فاعطه من اقل مخارج الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو
سهم بقي ثلثة اسهم فاستقام على روس البنات قال وان لم يستقم فان وافق روسهم كزوج وست بنات
فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وخمس بنات اي ان لم يستقم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد روس من يرد عليه ينظر فان كان بين
الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين روسهم موافقة فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج و
ست بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد روسهن الى ثلثة ثم اضربه في اربعة وان لم يوافق الباقي روسهم كزوج
وخمس بنات فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع روسهن وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين
تصحيح المسالة فتصح في الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في اربعة وفي الثاني
خمسة في اربعة فياخذ الزوج في الاول سهمين بقي ستة فلكل واحدة من البنات سهم وياخذ في الثاني خمسة فيقسم
الباقي على خمسة يصيب كل واحد منهن ثلثة اسهم قال ومع الثاني من لا يرد عليه المراد بالثاني ان يكون
طايفتان او اكثر اي لو كان مع الطايفتين او اكثر من لا يرد عليه قال واقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
على مسالة من يرد عليه وهو سهامهم على ما بينا كزوجة واربع جدات وست اخوات لام للزوجة الربع فاعطها من
اقل مخارجه وهو واحد من اربعة يبقى ثلثة ينقسم على ثلثة لان سهامهن ثلثة قال وان لم يستقم فاضرب
سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اي ان لم ينقسم الباقي
من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه اي على مسالتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد
عليه فمابلغ تخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فروض الفريقين من اقل عدد يمكن
لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة اربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه
سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ اربعين فمنه تخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات
الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه قال ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسالة من يرد عليه وسهام من
يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهذا البيان طريق معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فاذا ه

اردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربه فاضرب سهمها في خمسة فهو نصيبهن واذا اردت معرفة نصيب
البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو اربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين
فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما ذكرنا لان الخمسة لما ضربت في
الثمانية وجب ان يضرب سهام كل من من الثمانية في الخمسة وسهم الزوجات واحد من الثمانية والباقي لم يرد عليه
وهو سبعة فيضرب في الخمسة تبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في خمسة بالنسبة الى اصل مسئلة
من يرد عليه لان كل من له شيء من الثمانية مضروب في خمسة وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية
لان كل عدد ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه ولهذا غير العبادة بقوله وسهام من يرد
عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه لتغير العمل فاذا عرفت فروض الفريقين بما ذكر يحتاج الى معرفة
التصحيح ولهذا ابينه قال وان انكسر فصحح كما مر اي اذا انكسر على البعض او على الكل فصحح المسئلة بالطرق
المذكورة في التصحيح لان السهام اذا لم تنقسم على اربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا الباب من الصور لم يكن
الا لبيان مخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ومن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكرنا في مخارج السهام لا لتصحيح المسئلة
عليهم وقد ذكرنا طرق التصحيح وطرق معرفة سهام كل فريق وطرق معرفة سهام كل واحد من احاد الفريق فلا يغفل
والمثال الاول الذي ذكره المصنف وهو زوجة واربع جدات وست اخوات لام تصح من ثمانية واربعين والمثال الثاني
وهو اربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من الف واربعمائة واربعين قال وان مات البعض قبل القسمة
اي اذا مات بعض الورثة قبل قسمة التركة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال
نسخت الشمس الظل اي ازالته منه فنسخت الكتاب واستعمل له فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من نقل
العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية قال فصحح مسئلة الميت الاول واعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت
الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وهو نصيبه من الميت الاول وبين التصحيح الثاني ثلثة احوال اي التوافق
والتباين والاستقامة فان استقام ما في يده من التصحيح الاول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسئلة الميت الاول اي صحت
الفريضتان فريضة الميت الاول والثاني مما صحت منه الاولى وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة اي بينما في يده وهو
وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهي التصحيح الثاني فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول
وان كان بينهما مباينة اي بينما في يده وفريضته وهي التصحيح الثاني فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الاول
فالمبلغ مخرج المسئلتين اي ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثاني وانما
كان النظر بين ما في يد الميت الثاني وهو نصيبه من التصحيح الاول وبين فريضته في ثلثة احوال من الاستقامة
والموافقة والمباينة لان ما في يده وهو نصيبه من الفريضة الاولى مقسوم على فريضته فصارت فريضته نظير
الروس المقسوم عليهم ونصيبه من الاول نظير نصيبه من اصل المسئلة فكما نظر بين السهام والروس في الاحوال الثلثة في
تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما في يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب الفريق من اصل
المسئلة على روسهم وان لم ينقسم فان وافق تضرب وفق فريضته وان لم يوافق تضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة
الاولى كما في الروس كذلك فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثاني بالطرق
المذكورة في التصحيح وقد بينه في المختصر قال واضرب سهام ورثة الميت الاول في التصحيح الثاني او في وفقه وسهام
ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني او في وفقه اي في نصيبه من الفريضة الاولى ان كان فيهم من يرث من الميتين ضرب
نصيبه من الاول في الفريضة الثانية او في وفقها ونصيبه من الثاني فيما في يد الميت الثاني او في وفقه انما ضربت سهام كل
وارث من الميت الاول في الفريضة الثانية او في وفقها لان الثانية او وفقها مضروب في الاولى ونصيب كل واحد يكون مضروبا

مضروبا فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغي ان يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده في الثانية او في وفقها لانه من جملة
ورثة الميت الاول الا ان نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته وكان مقسوما بينهم فاستغني عن ذلك بضرب نصيب كل
واحد من ورثته فيما في يده او في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد ان سهام من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل
المبلغ الثاني مقام الاولى والثالثة مقام الثانية في العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا
كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام الاولى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة
غير ما كان معه في ميراث الميت الاول او كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعينهم ولم يخلف
غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة فالغيت جميع من مات قبل القسمة وصححت فريضة الميت الاخير فكانه لم يمت
الا هو ولم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى المناسخ الناقص كما اذا مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات
واحد منهم قبل القسمة وخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا كل ما مات منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة تقسمه على روسهم لا غير
ثم اعلم ان هذا الباب يحتاج فيه الطالب الى التامل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يحصل له من بعض الموتى
منقسما على مسئلته ومن بعضهم غير منقسم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع فينبغي ان ينظر ذلك عند
انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث
موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك وان وجدت سهامها موافقة بجزء ردت التصحيح الى جزء الوفق وكذلك الحاصل لكل
وارث طلبا للاختصار فان وافق بالنصف مثلا رددت المسئلة الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه
له مثل هذا لا يتفق الا في المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله كثروا الامثلة في المناسخات ونحن نذكر بعض الامثلة ليكون
للطالب دربة ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات فنقول اذا ماتت امراة وتركت زوجا وبنتا واما
فمات الزوج قبل القسمة عن امراة وابوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن زوج واخوين
فالمسئلة الاولى وهي مسئلة المراة رديه تصح من ستة عشر فللزوج اربعة وللبنت تسعة وللام ثلثة والمسئلة الثانية
وهي مسئلة الزوج تصح من اربعة تستقيم ما في يده عليها فلا حاجة الى الضرب والمسئلة الثالثة مسئلة البنت تصح
من ستة ونصيبها من الاولى تسعة لا تنقسم على مسئلتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسئلتها وهو اثنان في ستة
عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ستة عشر شيء فمضروب في اثنين ومن كان له من ستة شيء
فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة والمسئلة الرابعة مسئلة الجدة تصح من اربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين
اجتمع لها من نفسها ستة ومن بنت بنتها ثلثة وتسعة لا تنقسم على اربعة ولا توافق فاضرب اربعة في اثنين تبلغ مائة
وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شيء من اثنين وثلثين مضروب في اربعة ومن كان له شيء من
اربعة فمضروب فيما في يدها وهو تسعة ولو ترك زوجة وابنا وبنتا وابا واما ثم مات الابن قبل القسمة وخلف ابنتين
وزوجة وجدا وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في الثانية وزوجا وهو الجد في الثانية واخا لاب فالمسئلة
الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنا عشر وللزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن اربعة وثلاثون
والمسئلة الثانية وهي مسئلة الابن تصح من سبعة وعشرين للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلثة ولكل واحد من الجد والجدة
اربعة وفي يده اربعة وثلاثون لا ينقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثاني وهو سبعة وعشرون في
الاولى وهي اثنان وسبعون تبلغ الفا وتسعمائة واربعة واربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة في جميع
الثانية وهي سبعة وعشرون تبلغ اربعمائة وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنا عشر مضروبة في سبعة وعشرين
تبلغ ثلثمائة واربعة وعشرين وللزوجة الاول تسعة مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ مائتين وثلاثة واربعين

وللبنتين في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو اربعة وثلثون تبلغ خمسماية واربعة واربعين وللزوجة ثلثة مضروبة في اربعة وثلثين وهو ما في يد الميت الثاني تبلغ ماية واثنين ولكل واحد من الجد والجدة اربعة مضروبة في اربعة وثلثين تبلغ ماية وستة وثلثين والمسلة الثالثة وهي مسلة الجدة تصح من اثني عشر وفي يدها ماية وستة وثلاثون وهو لا ينقسم على فريضتها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها وهي ثلثة في الاولى وهي الف وسبعماية واربعة واربعون تبلغ خمسة الاف وثمانماية واثنين وثلثين فمنها تصح الفريضتان ثم من له شي من الاولى يضرب في وفق الثانية وهي ثلثة ومن له شي من الثانية يضرب في وفق ما في يدها وهو اربعة وثلاثون للبنت الاولى من الاولى اربعماية وتسعة وخمسون مضروبة في ثلثة تبلغ الفا وثلثماية وسبعا وسبعين وللام الاولى من الاولى ثلثماية واربعة وعشرون مضروبة في ثلثة تبلغ تسعماية واثنين وسبعين وللزوجة الاولى من الاولى مايتا وثلثة واربعون في ثلثة تبلغ سبعماية وتسعة وعشرين وللبنتي الثاني من الاولى خمسماية واربعة واربعون مضروبة في ثلثة تبلغ الفا وستماية واثنين وثلثين لكل واحد ثمانماية وستة عشر وللزوجة الثاني من الاولى ماية واثنان مضروبة في ثلثة تبلغ ثلثماية وستة وللجد من الاولى ماية وستة وثلاثون مضروبة في ثلثة تبلغ اربعماية وثمانية ولبنتي ابن الجدة من فريضة الجدة وهي الاخيرة ثمانية مضروبة في وفق ما في يد الجدة وهو اربعة وثلثون يبقى مايتين واثنين وسبعين وللزوج الجدة من فريضتها ثلثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو اربعة وثلثون تبلغ ماية واثنين وهو الذي كان في الثانية جدا وللاخ الجدة سهم من فريضتها مضروبة في وفق ما في يدها تبلغ اربعة وثلثين قال ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من اصل المسلة فيما ضربته في اصل المسلة اي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من اصل المسلة في مبلغ الروس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه قال وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من اصل المسلة الى عدد روسهم مفردا ثم يعطي بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد اي يعرف نصيب كل واحد من افراد الفريق بان ينسب سهام جميع الفريق من اصل المسلة الى عدد روس ذلك الفريق فما وجد نسبته اعطي كل واحد من احاد ذلك الفريق مثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا ان ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق اخر عند النسبة وهذه المسلة والتي قبلها موضعها باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطرقا اخر فلا نعيدها قال وان اردت قسمة التركة بين الورثة او الغرما فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا الدين بان تضرب دين كل غريم في التركة ويقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح او على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث او الداين لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي انه متى اجتمع اربعة اعداد متناسبة وكان نسبة الاول الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلثة وجهل واحد امكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع اربعة اعداد متناسبة اولها سهام كل وارث من التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل واحد من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل له من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فلذلك اذا قسمت المبلغ على الثاني خرج الثالث ضرورة ان كان مقدار تركب من ضرب عدد في عدد اذا قسم على احد العددين خرج الاخر كخمسة عشر مثلا لما تركب من ضرب ثلثة في خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلثة وهذه القاعدة هي الاصل في معرفة نصيب كل واحد من احاد الفريق فانه اجتمع هناك ايضا اربعة اعداد متناسبة نصيب الفريق

من اصل المسلة وعدد الفريق والحاصل لكل واحد من احاد الفريق من التصحيح ومبلغ الروس فنسبة نصيب الفريق من اصل المسلة الى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد الى مبلغ الروس وهو المضروب في اصل المسلة والثالث مجهول والباقي معلوم فيستخرج المجهول فيشتمل هذا الطرق المذكورة في التصحيح وكذا العمل في قضا الدين اذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فبطلت الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بيناه قال ومن صالح من الورثة على شي فاجعله كان لم يكن واقسم على سهام من بقي ما بقي لان المصالح لما ترك بشي اعطي جعل مستوفيا نصيبه وخرج من الدين فيبقى الباقي مقسوما على سهامهم وقوله فاجعله كان لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كانه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون انصباهم الا ترى ان المراة اذا ماتت وخلفت زوجا واما وعما فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الام والعم اثلاثا للام سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كان لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقي بعد الفرض ولكن تاخذ هي ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه باخذ بدله فبقي السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المراة وخلفت ثلاث اخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وام وخرجت من البين كان الباقي بينهم اخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان اصلها ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلثة بقي خمسة ولو جعلت كانها لم تكن لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة والله اعلم بالصواب

تم الجزء الثاني وهو اخر الكتاب بحمد الله تعالى وعونه من شرح كنز الدقايق المسمى

بتبيين الحقايق تصنيف الشيخ الامام العالم العلامة فريد دهره ووحيد عصره عمدة

المتقنين وكنز الطالبين ابي عمر فخر الدين عثمان الحنفي الشهير بالزيلعي

تغمده الله تعالى بالرحمة والرضوان وغفر له ولوالديه ولمشايخه

ولمشايخي وللمسلمين وكان الفراغ من نسخه يوم الخميس ثاني شهر

رمضان المكرم سنة ١٣٣ احسن الله عاقبتها في

خير وعافية على يد مالكه فقير رحمة ربه الخفي

محمد بن طراباي الدار الحنفي غفر الله

له ولوالديه ولمشايخه

واخوانه واصحابه

واقاربه وللمسلمين

امين

وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل

امات الله كاتبها محبا مع اصحاب النبي مع النبي واحشره لذلك دار عدل جوار الله ذي القدر العلي

بلغ مقابلة من اوله الى اخره على خط المصنف رحمه الله بحسب الطاقة والامكان





بلغ مقابلة على خط مولفه من اوله الى اخره بحسب الطاقة والامكان